



Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4442-2010
LA LIBERTAD
DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO

Lima, dos de diciembre
del año dos mil once.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: Que, después de revisar el expediente, con numeración cuatro mil cuatrocientos cuarenta y dos del año dos mil diez en esta Sede, que contiene el proceso de Divorcio por Causal de Adulterio, con informe oral en Audiencia Pública de la data, de conformidad con el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Civil, emitida la votación del Supremo Colegiado conforme a la norma orgánica, se expide la siguiente sentencia. **MATERIA DEL RECURSO:** Que, se trata del recurso de casación interpuesto por Enrique Martín Orezzoli Moreno a través del escrito de fojas trescientos treinta y cinco, contra la sentencia de segunda instancia -resolución número treinta y dos- de fojas trescientos diecinueve, su fecha veintitrés de agosto del año dos mil diez, que pronunció la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, el recurso extraordinario de casación se declaró procedente por resolución de fecha once de abril del año dos mil once, obrante a fojas sesenta y uno del cuadernillo de casación, al invocar el recurrente, como fundamento de su recurso de casación: inaplicación del artículo 319 concordante con los incisos 5 y 12 del artículo 333 del Código Civil que establece la fecha desde la cual fenecce la sociedad de gananciales, la misma que se produce desde el momento de la separación de hecho; en el presente caso, fue en el año dos mil; alega, que la resolución impugnada adolece de incongruencia fáctica, al resolver sobre la base de hechos no invocados y menos probados por las partes, pues declaró el fenecimiento de la sociedad de gananciales en una fecha no pedida por las partes ni expresada por las mismas, ya que las partes se han encontrado de acuerdo que la separación de cuerpos se produjo en el año dos mil, siendo por ello que la controversia versaba solamente en determinar si se había cumplido el plazo de cuatro años ininterrumpidos de la separación de hecho, habiéndose fijado así como punto controvertido; sin embargo, en segunda instancia de manera errónea se declaró fenecida la sociedad de gananciales de los bienes adquiridos hasta el dos de febrero del año dos mil siete, de lo que resulta una



Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4442-2010
LA LIBERTAD
DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO

incongruencia fáctica; agrega, que si bien participaron en el acto jurídico de compraventa de un inmueble, ello no quiere decir o significa que estuvieran conviviendo. Y, **CONSIDERANDO: Primero**- Que, Patricia Soledad Santos Fernández interpuso su demanda contra Enrique Martín Orezzoli Moreno y el Ministerio Público, sobre Divorcio Absoluto por Causal de Adulterio, para que se declare disuelto el vínculo matrimonial; y, asimismo, solicitó la acumulación originaria de pérdida de bienes gananciales y pago por reparación de daño moral, más costas y costos. A cuyo efecto alegó que contrajo matrimonio civil ante la Municipalidad Distrital de Salaverry en el año mil novecientos noventa y cuatro y que durante su relación matrimonial procrearon a su mejor hija Alexia Patricia Orezzoli Santos de once años de edad. Aduce que en el año dos mil su esposo se fue del hogar conyugal dejando a la recurrente y a su menor hija en total abandono moral y económico, por lo que interpuso demanda de tenencia, régimen de visitas y alimentos. Refiere que durante este lapso su esposo ha mantenido relaciones extramatrimoniales con Milagritos Aurora Fernández Donayre y producto de dicha relación han tenido una hija de nombre Farah Alessandra Orezzoli Fernández nacida el uno de junio del año dos mil seis, la misma que tiene seis meses de edad; y, al enterarse de éstos hechos, el treinta y uno de julio del año dos mil seis, cuando se le notificó con la demanda de exoneración de alimentos que le interpuso el demandado, no habiendo operado la caducidad para ejercitar la acción. Expresa que durante su convivencia conyugal adquirieron una casa ubicada en la calle Las Cucardas, Manzana "Z", lote número dos de la Urbanización Las Palmas del distrito Víctor Larco de la Provincia de Trujillo, departamento de la Libertad y un auto Toyota Yaris del año dos mil de Placa de Rodaje CD-4615, los cuales pide pasen a su exclusiva propiedad ya que el cónyuge culpable pierde las gananciales. Agrega que la conducta de su esposo le ha generado daño moral irreparable, por lo que pide el pago de cien mil nuevos soles. **Segundo**- Que, la Fiscal Provincial, cumplió con apersonarse al proceso, señaló su domicilio procesal, y esgrimió una defensa de la institución de la familia y del matrimonio. Y que se deberá acreditar la causal invocada. **Tercero**- Que, Enrique Martín Orezzoli Moreno,



contestó la demanda y expresó que si bien es cierto que en el año dos mil decidió alejarse del hogar conyugal se debió a la imposibilidad de sostener una relación armoniosa con la demandante dada su continua conducta intransigente y beligerante hacia su persona. Aduce que cumplió puntualmente el pago de las mensualidades por concepto de pensión de alimentos. Indica que es cierto que tiene una hija extramatrimonial. Y formuló reconvencción: Pues, solicitó el Divorcio por la Causal de Separación de Hecho e Imposibilidad de Hacer Vida en Común, ya que señala que han transcurrido más de seis años de producida su separación de hecho. **Cuarto.-** Que, la sentencia de primera instancia de fojas doscientos veintiocho del expediente principal, de fecha quince de abril del año dos mil diez, declaró: i) fundada la demanda de divorcio por la causal de adulterio y en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial. ii) Fenecida la sociedad de gananciales la que será liquidada en ejecución de sentencia, respecto de los bienes adquiridos hasta el ocho de julio del año dos mil uno. iii) Fundada la demanda acumulada sobre pérdida de gananciales por el cónyuge demandado sobre los bienes que provengan de la cónyuge demandante. iv) Infundada la demanda acumulada de indemnización por daño moral. v) Fundada la reconvencción sobre divorcio por la causal de separación de hecho. vi) Declaró la inexistencia de cónyuge perjudicado con la separación de hecho. vii) Infundada la reconvencción sobre divorcio por causal de imposibilidad de hacer vida en común debidamente probada en proceso judicial; pues consideró que con el acta de nacimiento de Farah Alessandra Orezzoli Fernández fruto de sus relaciones extramatrimoniales con Milagritos Aurora Fernández Donayre se incumple el deber de fidelidad que se deben los cónyuges por el hecho del matrimonio. Y en cuanto a la reconvencción, sobre divorcio por la Causal de Separación de Hecho, de los argumentos esgrimidos en los respectivos postulatorios resulta evidente la falta de voluntad de ambas partes de continuar viviendo en el mismo domicilio conyugal. Y por último que, no existe cónyuge perjudicado. **Quinto.-** Que, la sentencia de segunda instancia de fojas trescientos diecinueve del expediente principal, su fecha veintitrés de agosto del año dos mil diez, aprobó la sentencia que declaró



Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4442-2010
LA LIBERTAD
DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO

fundada la demanda sobre Divorcio Absoluto por Causal de Adulterio en el extremo que declaró fundada la demanda acumulada sobre perdida de gananciales por el cónyuge demandado. Confirmó la sentencia apelada que declaró infundada la demanda acumulada de Indemnización por Daño Moral y fundada reconvencción sobre Divorcio por la Causal de Separación de Hecho. Y la revocó en el extremo que declaró fenecida la sociedad de gananciales la que será liquidada en ejecución de sentencia respecto de los bienes adquiridos hasta el ocho de julio del año dos mil uno, de conformidad con lo que dispone la Primera Disposición Complementaria y transitoria de la Ley número 27495; reformándola, declararon fenecida la sociedad de gananciales la que será liquidada en ejecución de sentencia, respecto de los bienes adquiridos hasta el dos de febrero del año dos mil siete; y, en el extremo que declaró la inexistencia de cónyuge perjudicado con la separación de hecho, reformándola: declararon que el cónyuge perjudicado es la demandante y fijaron una indemnización de dos mil nuevos soles; ello al revisar que por el divorcio fenece el régimen de la sociedad de gananciales, lo que se produce una vez que el Juez declara disuelto el vínculo matrimonial, sin embargo el Juez debe limitarse a señalar que ha fenecido la sociedad de gananciales sin entrar a detallar qué bienes existen o se han obtenido dentro del matrimonio, dado que ello no es objeto de este proceso, pues ello se hará de conformidad con los artículos 319, 320, 322 y 323 del Código Civil que regulan la fecha en que fenece la sociedad de gananciales, el inventario de los bienes que debe practicarse previo a la división y partición, en la forma como se liquida, los gananciales y la pérdida de éstos. En el presente caso el Juez aplica la Ley número 27495 de fecha ocho de julio del año dos mil uno. Sin embargo en el presente caso existe particularidad de que el divorcio se ha declarado por la causal de adulterio invocada por la demandante y por la causal de separación de hecho invocada por el demandado al formular reconvencción, y estas dos causales señalan fechas distintas de fenecimiento de la sociedad de gananciales de conformidad con el artículo 319 del Código Civil, es decir, para el caso de la causal de adulterio se debe considerar el fenecimiento de



sociedad de gananciales en la fecha de notificación con la demanda, mientras que para la causal de separación de hecho, en la fecha en que se produjo la separación de hecho; en el presente caso, se ha considerado la segunda causal sin motivación alguna por parte del Juez, aduciendo que según lo dicho por las partes la separación de hecho se habría producido en el año dos mil, aplicando como fecha de fenecimiento de la sociedad de gananciales la fecha de entrada de vigencia de la Ley número 27495. Pero, existe un hecho objetivo según el cual el fenecimiento de la sociedad de gananciales, no sería ni en el año dos mil ni en el año dos mil uno toda vez que en el año dos mil dos específicamente el veintidós de marzo del año dos mil dos, según escritura pública de fojas doscientos setenta del expediente principal los esposos Orezzoli - Santos celebraron un acto jurídico de compraventa de inmueble urbano con la empresa ECO Sociedad Anónima y el acto jurídico de mutuo con garantía hipotecaria con el Banco Santander Central Hispano - Perú, donde declararon ambos como su domicilio la manzana "D", lote número doce de la Urbanización Trupal para la compraventa, y la manzana "Z", lote número dos, Urbanización las Palmas del distrito de Larco Herrera - Trujillo - La Libertad para el mutuo con garantía hipotecaria de lo que se evidencia que el inmueble descrito en dicha escritura fue adquirido por ambos perteneciendo indubitablemente a la sociedad de gananciales; por lo tanto consideran que la fecha en que se debe dar por fenecida la sociedad de gananciales es la fecha en que se notificó la demanda de divorcio por causal de adulterio, esto es el dos de febrero del año dos mil siete (fojas treinta) ya que si el divorcio se declaró por una causal de divorcio sanción como es el adulterio existe un cónyuge culpable (demandado) que de ninguna manera puede verse beneficiado en relación a la fecha de fenecimiento de la sociedad de gananciales, pues la causal invocada por el demandado en su reconvención es una causal remedio, la que se puede sustentar en su propio hecho, como ha sucedido en el presente caso, el demandado ha señalado que el sí se alejó del hogar, es decir, el mismo propicio la separación, por tanto se debe disponer el fenecimiento de la sociedad de gananciales en la fecha de la notificación de la



demanda (dos de febrero del año dos mil siete). Respecto a lo alegado de que no se ha fijado una indemnización a su favor por daño moral, que en el caso de autos no está debidamente acreditado por lo que este extremo debe confirmarse. En cuanto a la reconvencción, la fecha de separación se pone en duda frente a la existencia de la escritura pública de compraventa de fecha veintidós de marzo del año dos mil dos, por lo que al considerar dicha fecha también habría operado la causal de análisis, si bien la demandante señala que la fecha definitiva sería el día que se generó la violencia familiar en su contra, lo cual se dio los primeros días del mes de marzo del año dos mil tres, de la revisión del expediente sobre violencia familiar número 2616-03 se acredita que dichos actos de violencia se dieron el uno de marzo del año dos mil tres, conforme se tiene del atestado policial número 059-03-III-RP-T-CPNP-Bs.As de fojas uno a seis del expediente principal, por lo que si se toma dicha fecha también se habría configurado la causal de separación de hecho, pues al doce de marzo del año dos mil siete en que se presentó la reconvencción habría transcurrido exactamente un año con once días, en consecuencia debe confirmarse dicho extremo. Sobre la inexistencia de cónyuge perjudicado con la separación de hecho, no obstante las contradicciones de la demandante se ha probado que el demandado se alejó del hogar y ha rehecho su vida con otra persona al extremo que tiene una hija, por lo tanto se ha establecido que fue la demandante quien ha resultado perjudicada, por lo que se debe fijar una indemnización razonable. **Sexto.**- Que, ahora bien, respecto al agravio del recurrente, se tiene que el artículo 319 del Código Civil, modificado por la Ley número 27495, establece: *"Fin de la Sociedad.- Para las relaciones entre los cónyuges se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de notificación con la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo. En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del artículo 333 del Código Civil, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se*



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

**CASACIÓN 4442-2010
LA LIBERTAD
DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO**

produce la separación de hecho. Respecto a terceros, el régimen de sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente en el registro personal." **Sétimo.**- Que, respecto de las causales de separación de cuerpos por abandono injustificado del hogar conyugal y separación de hecho (artículos 333, incisos 5 y 12 del Código Civil) la norma implanta una excepción a la regla general establecida por el referido artículo 319 del Código Civil, al precisar que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se producirá al momento de la separación de hecho. El motivo de la excepción normativa implica soslayar la conducta del cónyuge generador de la separación con posterioridad al abandono injustificado del hogar conyugal o de la separación de hecho, al liquidarse el régimen patrimonial aludido, y beneficiando indebidamente con el trabajo del cónyuge abandonado o que es perjudicado con la separación de hecho, debido a que el inciso 1) del artículo 311 del Código Civil, presume que todos los bienes son sociales, salvo prueba en contrario. **Octavo.**- Que, estando a las consideraciones por las que se estableció que la sociedad de gananciales fenecce al momento de la separación de hecho, se tiene que la posición del Colegiado Superior expresada en la sentencia de vista impugnada no puede armonizar ni ajustarse con esta norma, pues expresa que si después de producida la separación de hecho, alguno de los cónyuges incurre en la comisión de una causal de divorcio sanción, como la nueva relación, del recurrente en casación, que se habría producido años después de la separación de hecho, conforme lo sostiene la impugnada, la sociedad de gananciales se considera fenecida en la fecha de notificación con la demanda. Se tiene que la interpretación del Colegiado, no es conforme con la epiqueya de la norma (interpretación moderada y prudente de la ley), pues la incorporación de la separación de hecho, como causal de divorcio, fue un imperativo social frente a los casos de matrimonios diluidos de hecho, y es así que los cónyuges procedían a formar su propia familia, pero no les era factible normalizar sus recientes circunstancias de hecho, por la oposición de alguno de ellos. Por ello el divorcio por separación de hecho, es un divorcio remedio, con la finalización de la unión conyugal, por resolución unilateral o porque



ambos cónyuges lo deciden de forma voluntaria y, precisamente por esto, es una causal objetiva, que suele ser introducida por el cónyuge que ocasionó la separación. Por lo que la separación de hecho es soportada por ambos cónyuges. Condescendencia o pasividad que demuestra su posición de no hacer vida en común, así como su tolerancia de las relación conyugales posteriores, como se presenta en el caso *sub litis*. **Noveno.**- Que, en la presente controversia los cónyuges admiten que la separación de hecho se generó en el año dos mil, cuando el cónyuge se retiró del hogar conyugal por los motivos y circunstancias que alegan, en concreto, desde esa data, ya no cohabitaron juntos o lo dejaron de hacer de forma definitiva al ya no hacer vida en común; y procedieron desde ahí a desarrollarse de forma independiente, lo que denota la complacencia de ambos, salvaguardando la mínima comunicación por intereses aún en común, ello se desprende de las instrumentales registrales de fojas doscientos setenta a doscientos ochenta y cuatro del expediente principal, es decir, del hecho de que obtuvieron préstamos bancarios y compraron en el año dos mil dos, un inmueble a nombre de los dos. Sin embargo, la celebración de un negocio jurídico no evidencia la vida conyugal en común, tampoco el hecho que se encuentren o compartan eventualmente el domicilio conyugal, siempre y cuando ambas admitan que prevalece su estado de separados de hecho desde fecha cierta, como se tiene en la presente *litis*, en donde ambos cónyuges coinciden en precisar que la cohabitación finalizó el año dos mil. Entonces el hecho de que para resolver sus intereses coordinen o se reúnan, después de dos años, en un inmueble que no habitan por estar en construcción, pero que es de propiedad de los cónyuges, no debe suponerse, como lo ha hecho el Colegiado Superior, que es un hecho concluyente, para determinar que la relación conyugal se prolongaba a esa data, más aún si en tal encuentro se produjo un acto de violencia, que fue denunciado ante la Comisaría. **Décimo.**- Que, en consecuencia, conforme se estableció en la sentencia de primera instancia, se debe establecer como fecha de fenecimiento de la sociedad conyugal la determinada por el artículo 319 del Código Civil, para la separación de hecho, es decir, desde el siete de



Corte Suprema de Justicia de la República
Sala Civil Transitoria

CASACIÓN 4442-2010
LA LIBERTAD
DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO

julio del año dos mil uno, en que se publicó la ley número 27495, ello conforme a lo establecido en la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley aludida. **Décimo primero.**- Siendo así, los hechos y el derecho, verificándose la configuración de la causal de infracción normativa, el recurso de casación debe ser amparado y procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 396 del Código Procesal Civil. Por estos fundamentos declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el cónyuge demandado Enrique Martín Orezza Moreno mediante su escrito de fojas trescientos treinta y cinco del expediente principal; **CASARON** el extremo de la sentencia de segunda instancia de fojas trescientos diecinueve, su fecha veintitrés de agosto del año dos mil diez, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; en consecuencia **NULA** la misma; y actuando en sede de instancia, **CONFIRMARON** la sentencia apelada –resolución número veintiséis- expedida por el Tercer Juzgado Especializado de Familia de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, obrante a fojas doscientos veintiocho, su fecha quince de abril del año dos mil diez, en el extremo que declaró fenecida la sociedad de gananciales, la que se liquidará en ejecución de sentencia, respecto de los bienes adquiridos hasta el ocho de julio del año dos mil uno, de conformidad con lo que dispone la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley número 27495, con lo demás que contiene; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Patricia Soledad Santos Fernández contra Enrique Martín Orezza Moreno y otro sobre Divorcio por Causal de Adulterio; y los devolvieron. Ponente Señor Caroajulca Bustamante, Juez Supremo.

2012
ENE 31

SE PUBLICO CONFORME A LEY

[Signature]
Dra. MERY OSORIO VALLADARES
Secretaria de la Sala Civil Transitoria
de la Corte Suprema

- S.S.
- TICONA POSTIGO
- ARANDA RODRÍGUEZ
- CAROAJULCA BUSTAMANTE
- VALCÁRCEL SALDAÑA
- MIRANDA MOLINA

[Signatures]

Jgi/fdc.