FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

MÉTODO DE CASO JURÍDICO

# CONSTITUYE BIEN SOCIAL LO CONSTRUIDO SOBRE UN BIEN PROPIO

## CASACIÓN N° 38-2016 – LIMA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTORES: FLORES ZEGARRA, JAMES ISAÍAS

GUERRA FASABI, WENDY

San Juan Bautista – Loreto – Maynas – Perú

2018

## APROBACIÓN

Trabajo de suficiencia profesional (método de caso jurídico) sustentada en acto público el dia 19 de octubre del 2018, en las instalaciones de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:

**Dr. ROGER ALBERTO CABRERA PAREDES**

PRESIDENTE DEL JURADO

**Mgr. THAMER LÓPEZ MACEDO**

MIEMBRO DEL JURADO

**Abog. MIGUEL ANGEL VILLA VEGA**

MIEMBRO DEL JURADO

**Abog. CESAR AGUSTO MILLONES ANGELES**

ASESOR

## DEDICATORIA

El primer lugar es a nuestro Dios, principio y fin de todas las cosas, gracias a él ha sido posible llegar a culminar nuestra carrera y elaborar con cariño este trabajo.

A nuestros amados padres y familiares quienes con su amor contribuyeron dándonos el ánimo y apoyo emocional en todo momento para perseverar hasta llegar al final.

A nuestras amistades que nos aprecian y estiman, quienes cada vez que nos veían se sentían orgullosos de nosotros y nos brindaban el aliento para seguir adelante.

Finalmente a nuestro asesor, profesor y amigo CESAR MILLONES ÁNGELES, por su ayuda idónea en nuestro trabajo de investigación.

*Los Autores*

**AGRADECIMIENTO**

Nuestro profundo agradecimiento a la UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DE EL PERÚ por ser nuestra Alma Mater, a nuestro asesor por brindarnos sus conocimientos, experiencias y sobre todo por darnos las pautas necesarias para realizar el presente trabajo de investigación y a todos los docentes de la Facultad de Derecho por brindarnos los conocimientos necesarios para ejercer esta noble profesión cuya misión es lograr Justicia para todos.

Gracias a todos nuestros compañeros de estudio por el apoyo y cariño brindado a lo largo de todas las clases.

*Los Autores*

Universidad Científica del Perú - UCP

"Año del Dialogo y la Reconciliación Nacional"

FACULTAD
DERECHO Y
CIENCIAS POLITICAS

## ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Con Resolución Decanal N° **172** del **19** de **Octubre** de **2018**, la FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP designa como Jurado Evaluador y Dictaminador de la Sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional a los Señores:

- Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes — Presidente
- Mgr. Thamer Lopez Macedo — Miembro
- Abog. Miguel Angel Villa Vega — Miembro

En la ciudad de Iquitos, siendo las 9:30 horas del día 23 de Octubre del 2018 en las instalaciones de la UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP, se constituyó el Jurado para escuchar la sustentación y defensa del Trabajo de Suficiencia Profesional – Analisis de Metodo del Caso: **"Constituye Bien Social lo construido sobre un bien propio. Casación N° 38-2016-Lima".**
Presentado por los sustentantes:

**JAMES ISAIAS FLORES ZEGARRA**
**WENDY GUERRA FASABI**

Como requisito para optar el título profesional de: **Abogado**
Luego de escuchar la Sustentación y formuladas las preguntas las que fueron respondidas de forma: Satisfactoria
El jurado después de la deliberación en privado llegó a la siguiente conclusión:

La Sustentación es: Aprobado por Unanimidad

En fe de lo cual los miembros del jurado firman el acta.

Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes
Presidente

Mgr. Thamer Lopez Macedo
Miembro

Abog. Miguel Angel Villa Vega
Miembro

| CALIFICACIÓN | | |
|---|---|---|
| | Aprobado (a) Excelencia | : 19 – 20 |
| | Aprobado (a) Unanimidad | : 16– 18 |
| | Aprobado (a) Mayoría | : 13 – 15 |
| | Desaprobado (a) | : 00 – 12 |

## RESUMEN

El presente análisis jurídico, se refiere a un importante caso resuelto por los integrantes de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que mediante la **Casación N° 38-2016 – LIMA**, resuelven ponderadamente sobre el tema, **Constituye bien social lo construido sobre un bien propio;**. Se tiene que el **Objetivo** de esta casación es determinar que tanto afecta la falta de valoración de las pruebas y adecuada motivación en el caso de divorcio por causal de separación de hecho. **Material y métodos**: se empleó una ficha de análisis de documentos, analizando una muestra consistente en la casación antes citada, utilizando el **Método** Descriptivo Explicativo, cuyo diseño fue no experimental ex post facto. Entre el **Resultado,** el colegiado supremo declara fundada la casación interpuesta por la demandada, ordenando que la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Lima expida nueva sentencia; ya que se demuestra la vulneración al debido proceso, en sus vertientes que son el derecho de prueba y el derecho a la motivación; por lo que, se declara nula la sentencia y se ordena que se emita nueva decisión. **Conclusión:** Se debe valorar adecuadamente las pruebas admitidas acorde a la naturaleza del proceso y al acontecimiento de los hechos, para evitar vulnerar el derecho al debido proceso en casos similares.



**Palabras Claves:** Divorcio, separación de hecho, el debido proceso, derecho de prueba, derecho de motivación.

## ÍNDICE DE CONTENIDO


| | Pg. |
|---|---|
| ➢ **DEDICATORIA** | 02 |
| ➢ **AGRADECIMIENTO** | 03 |
| ➢ **RESUMEN** | 04 |
| **CAPÍTULO I:** Introducción---------- | 07 |
| **CAPÍTULO II:** Marco teórico---------- | 09 |
| **2.1.** Marco Referencial | |
| **2.1.1.** Antecedentes del estudio---------- | 09 |
| ➢ La importancia de las jurisprudencias, sentencias Casatorias. | |
| ➢ Investigaciones. | |
| ➢ acuerdos plenarios. | |
| ➢ Evolución normativa. | |
| **2.1.2.** Bases Teóricas (definiciones conceptuales)---------- | 25 |
| **2.2.** Objetivos---------- | 34 |
| **2.2.1.** Identificación de los objetivos---------- | 34 |
| o General | |
| o Específicos | |
| **2.3.** Variables---------- | 34 |
| o Variable independiente | |
| o Variable dependiente | |
| **2.4.** Supuestos---------- | 34 |
| **CAPÍTULO III:** Metodología---------- | 35 |
| **3.1.** Metodología | |
| **3.2.** Muestra | |
| **3.3.** Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos | |
| **3.4.** Procedimientos de Recolección de Datos | |
| **3.5.** Validez y Confiabilidad del Estudio | |
| **3.6.** Plan de Análisis, Rigor y ética | |
| **CAPÍTULO IV:** Resultados---------- | 37 |
| **CAPÍTULO V:** Discusión---------- | 46 |
| **CAPÍTULO VI:** Conclusiones---------- | 50 |

**CAPÍTULO VII:** Recomendaciones---------- 52

**CAPÍTULO VIII:** Referencias Bibliográficas---------- 53

**CAPÍTULO IX:** Anexos---------- 55

## CAPÍTULO I
## INTRODUCCION

El presente análisis jurídico sobre la **CASACION N° 38-2016 – LIMA**, trata sobre el tema referente que el bien social es construido sobre un bien propio en un proceso de divorcio por causal de separación de hecho.

La sentencia de primera instancia mediante resolución número 32, declaró fundada en parte la demanda y la reconvención, en consecuencia se da por disuelto el vínculo matrimonial, feneció la sociedad de gananciales, infundada la pretensión de alimentos peticionada por la emplazada, infundado el divorcio por imposibilidad de hacer vida en común y se declaró como bien propio de don Hernán Arturo Salvador Díaz los aires del inmueble ubicado en la calle Avogrado N°116 – San Borja y como patrimonio de la sociedad conyugal la construcción edificada sobre los aires.

La demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia, la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución se **REVOCA** la apelada en el extremo que declara patrimonio de la sociedad conyugal la construcción realizada sobre los aires y reformándola, declarando **IMPROCEDENTE** esta pretensión; **CONFIRMA** la sentencia apelada en lo demás que contiene. Sustentada en los siguientes fundamentos:

-En cuanto al divorcio. Debe confirmarse, dado que en autos se encuentra acreditada la configuración de la causal de separación de hecho.

-En cuanto al extremo que declara patrimonio de la sociedad conyugal la construcción realizada sobre los aires del inmueble antes referido, se desprende del informe de valoración que establece que el primer piso del bien tiene una antigüedad estimada de 23 años, mientras que el segundo piso una antigüedad aproximada de 11 años. Por tanto, se encuentra acreditado que las construcciones que se realizaron sobre los aires del bien se consolidaron cuando el bien pertenecía a los padres del demandante, esto es, cuando todavía no había efectuado la transferencia.

Contra la resolución dictada por la sala Superior, la reconviniente **España Edwards Zavaleta** interpone recurso de casación, el mismo que ha sido calificado mediante resolución de fecha 15 de abril de dos mil dieciséis, que **DECLARÓ** procedente el recurso de casación por las causales:

a) Infracción normativa del artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política y de los artículos I del Título Preliminar y 197 del Código Procesal Civil.

La sentencia de vista objeto de impugnación ha vulnerado el debido proceso en su vertiente de derecho a la prueba, debido a que no ha valorado medios probatorios.

b) La infracción normativa del artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política y los artículos 121, incisos 3 y 4, y 122 del Código Procesal Civil .

La sentencia de vista objeto de impugnación ha vulnerado el derecho al debido proceso, en su vertiente de derecho a la motivación.

El **planteamiento del problema** en el presente caso es determinar si constituye bien social lo construido sobre un bien propio.

Esta Casación materia de análisis en el presente trabajo de investigación nos lleva a la conclusión que todo bien propio que es construido con recursos de la sociedad conyugal se constituye en bien social.

Existe **antecedentes** referente a resoluciones judiciales que en tribunales supremos se han pronunciado en jurisprudencia sobre causal de infracción normativa, atentatorios al debido proceso, la motivación de las resoluciones y la valoración de los medios probatorios mencionados en el artículo 139 inciso 3 y 5 de la constitución política, el artículo I del título preliminar, artículo 121 incisos 3 y 4, y artículo 197 del Código Procesal Civil.

Asimismo, se evidencia la **importancia** que conforme a la norma se recomienda al Juez que al momento de hacer sus resoluciones valore las pruebas en su integridad, finalidad, en forma conjunta y razonada, debido que las normas garantizan el derecho al debido proceso, la motivación de las resoluciones y adecuada valoración de los medios probatorios.

Por estas **razones** que motivan el estudio, se deja establecido como doctrina jurisprudencial que “Todo bien propio que es construido con recursos de la sociedad conyugal se constituye en bien social”.

Por lo que, el **objetivo general** es realizar un análisis de la Casación 38-2016 – Lima, mientras que el **objetivo específico** es determinar en qué casos Constituye bien social lo construido sobre un bien propio.

# CAPÍTULO II
# MARCO TEÓRICO

## 2.1. MARCO REFERENCIAL.

### 2.1.1. Antecedentes de Estudio

- **La importancia de las jurisprudencias, sentencias casatorias, acuerdos plenarios y evolución normativa.**

- ✓ **Casación 2858-2007-Lambayeque, sobre nulidad de acto jurídico y otro,** de fecha 12 de Enero del año 2009, indica lo siguiente[1]:

El recurso de casación fue declarado procedente por resolución del veinte de setiembre del dos mil siete, por la causal prevista en el inciso segundo del artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual la recurrente denuncia la inaplicación de normas de derecho material, como son:
**a)** el inciso primero del artículo trescientos once del Código Civil, que establece que todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario; y en autos ha demostrado y acreditado su pretensión con el contrato de crédito del cinco de abril de mil novecientos noventa y cuatro, el mismo que permite apreciar que la recurrente participó del préstamo para la construcción del inmueble materia de litis, lo que no se ha valorado en forma conjunta con los demás medios probatorios, habiéndose pronunciado el Colegiado Superior únicamente sobre la base de dos documentos como son el contrato de venta y préstamo de hipoteca social y la partida de matrimonio, dejando a la recurrente sin respaldo legal para su defensa;
**b)** el segundo párrafo del artículo trescientos diez del Código Civil, que establece que también tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, hecho que ha quedado demostrado en autos con las documentales ofrecidas, pues inicialmente el predio contaba con una extensión construida de diecinueve punto ochenta y nueve

[1]spij.minjus.gob.pe/juris/civil-00001-10000/civil-04048.pdf

metros cuadrados al momento de su adquisición, y posteriormente al préstamo otorgado por el Banco de Materiales fue ampliada a cincuenta metros cuadrados de construcción, habiendo transferido el demandado el lote de terreno con el área inicialmente construida y el área perteneciente a la sociedad conyugal, circunstancia que afecta de nulidad a la compra venta celebrada por su esposo demandado con Alicia Santa Cruz Vera de García y ha sido obviada por la Sala Superior, con grave perjuicio a la recurrente.

- ✓ **Casación 3945-2015- Cusco,** divorcio por Causal de Separación de Hecho**,** de fecha 27 de Septiembre del año 2016, indica lo siguiente[2]:

En el caso de autos, si bien se ha declarado la procedencia por las causales procesales en mención; sin embargo, se aprecia de autos que la Sala Superior ha empleado en forma suficiente los fundamentos que le han servido de base para adoptar determinada posición, los mismos que resultan congruentes a la pretensión, a los hechos establecidos en autos y las pruebas aportadas por ambas partes, tales como el testimonio de escritura de compraventa del bien inmueble que corre a fojas once, de fecha seis de diciembre de mil novecientos noventa y seis, que acredita que el bien inmueble ubicado en la calle Lucrepata N° 451 del Barrio de Tahuantinsuyo, ha sido adquirido durante la vigencia del matrimonio de las partes, así como la escritura pública de fecha catorce de enero de dos mil cuatro (fojas veinte) a través de la cual se constituye la empresa de Transportes Turísticos Spring Tours Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, la cual si bien fue constituida únicamente por la demandada, sin embargo se presume social al haberse constituido dentro de matrimonio; en cuanto a los medios probatorios presentados por la parte recurrente, ésta presentó diferentes medios de prueba, que, entre otros, no desvirtúan la presunción de ganancialidad de los referidos bienes y tampoco acreditan que los mismos se hayan adquirido con ingresos derivados de un bien propio; pues si bien, acreditan deudas y financiamiento, esto no le resta la presunción de ganancialidad; y es en mérito de esto último, entre otras razones que las

[2]https://legis.pe/casacion-3945-2015-cusco-contravenir-presuncion-ganancialidad-no-basta-registrar-bien-nombre-solo-conyuge/

instancias de mérito han determinado que le corresponde una indemnización, al considerarla como la parte perjudicada; siendo además que los argumentos que sirvieron de base para la decisión, no pueden analizarse a través de causales in procedendo, sino que serán analizadas a través de las causales materiales; consideraciones por las cuales las referidas causales procesales resultan infundadas. Máxime si de la revisión del trámite del proceso no se evidencia afectación alguna al mismo, o al derecho de defensa de alguna de las partes.

- **Acuerdos Plenarios**

- ✓ **Tercer Pleno Casatorio Civil -CAS. N° 4664-2010 PUNO.** Sobre Indemnización en los casos de divorcio por causal de separación de hecho.De fecha 18 de Marzo del 2011[3]

Este Tercer Pleno Casatorio es convocado, al igual que en los casos anteriores, debido a que era necesario, en este caso, para constituir un precedente vinculante en materia de familia, específicamente en lo referente a la indemnización en los casos de divorcio por causal de separación de hecho, toda vez que al respecto existían ejecutorias de distinto criterio e incluso contradictorio, pues mientras algunos órganos jurisdiccionales consideraban que en estos casos debía fijarse una indemnización al cónyuge que consideraban perjudicado, otros no eran de ese criterio y no fijaban indemnización alguna.

[3]https://legis.pe/iii-pleno-casatorio-civil-indemnizacion-en-el-proceso-de-divorcio-por-causal-de-separacion-de-hecho/

- **Investigaciones**.

**SUÁREZ FARFÁN, Ana Victoria (2007), en su investigación titulada "Aproximación a la Incompatibilidad Normativa Generada por la Causal de Separación de Hecho introducida a nuestra lista taxativa de las Causales de Divorcio", llegó a las siguientes conclusiones[4]:**

El divorcio y sus modificaciones normativas actuales han marcado un gran impacto en un sistema predominantemente sancionatorio como el nuestro. Y es en la aplicación de éstas que apreciamos el dominio de aquél sobre el sistema remedio, introducido hace algunos años en nuestro ordenamiento.

Por su naturaleza, la causal de separación de hecho implicaría mayor viabilidad en el divorcio y solución para una serie de situaciones irregulares en pareja y relaciones matrimoniales sin contenido; sin embargo, sus elementos, requisitos de configuración y efectos indican lo contrario.

Nuestro legislador se ha encargado de mantener características sancionatorias, aun en una causal de características remedio y de solución. Es así que bajo el concepto de "amparo familiar" se ha establecido la *aplicación imperativa* de una serie de figuras legales que muestran su carácter asistencial para una de las partes y sancionatorio para la otra, que busca ponerle fin a la relación matrimonial. La aplicación de la *figura indemnizatoria* en materia de divorcio por esta causal es una de las dificultades más latentes, en la medida en que nuestro legislador ha regulado la figura del daño moral y daño a la persona sin manejar el verdadero alcance y naturaleza de dichas concepciones.

**MEJIA ROSASCO, Rosalia (2010), en su investigación titulada "Régimen Patrimonial en el Matrimonio", llegó a las siguientes conclusiones[5]:**

El Código establece que el régimen de sociedad de gananciales es el régimen legal supletorio, de manera tal que si los cónyuges no hacen uso de la facultad

[4]https://www.tytl.com.pe/abogados/documentacion/BIBLIOTECA%20REVISTAS.doc

[5]http://notariarosaliamejia.com/portal/2016/02/01/regimen-patrimonial-en-el-matrimonio/

de elegir el régimen patrimonial, resulta de aplicación por mandato de la ley el régimen de sociedad de gananciales. El régimen patrimonial es imperativo en los casos en que el convenio celebrado entre los cónyuges resulta invalidado, por un defecto de forma o de fondo. Conforme a la doctrina predominante, la sociedad conyugal no constituye una persona jurídica; esta no equivale a la copropiedad, ni es un sujeto de derecho distinto e independiente de los cónyuges. La sociedad de gananciales nace, se desarrolla y extingue conjuntamente con el matrimonio y se rige por normas de orden público, inderogable por la voluntad de los cónyuges o de terceros.

A pesar de haber transcurrido más de 30 años de vigencia del Código, la inmensa mayoría de las parejas rigen su matrimonio bajo el régimen patrimonial de sociedad de gananciales. En nuestra opinión, el desconocimiento de los cónyuges de dicha posibilidad de elección antes del matrimonio es el principal motivo de su poca frecuencia. Una vez contraído, el matrimonio se desarrolla bajo el régimen de sociedad de gananciales y resulta más difícil que ambos acuerden la sustitución de dicho régimen por el de separación de patrimonios.

En el Perú todavía existen diferencias en las posibilidades de obtener igual remuneración o igual oportunidad de desarrollo profesional en ambos sexos, lo que contribuye a reforzar que se mantenga el régimen patrimonial de sociedad de gananciales. La separación de patrimonios usualmente se presenta en los matrimonios que comprenden que esta resulta una forma de proteger el patrimonio de la familia, al no arriesgar el íntegro del patrimonio por la actividad económica de uno de los cónyuges. Asimismo, el régimen patrimonial de separación de patrimonios es, por lo general, la opción que toman los cónyuges como una medida previa al divorcio o en los casos en que cada uno de ellos pretende desarrollar, dentro del matrimonio, sus actividades económicas en forma independiente.

**PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando (2014), en su investigación titulada "Separación de Hecho: ¿desde cuándo se considera fenecido el**

**régimen de sociedad de gananciales?" llegó a las siguientes conclusiones[6]:**

A pesar de la redacción, no se trata de una nueva causal -en sí misma- de disolución de la sociedad de gananciales. Ello se comprueba cuando la modificación legislativa se refiere al artículo 319 y no al artículo 318, que regula las causales de fenecimiento. Así lo hemos expuesto: "se debe precisar que se mantienen inalterables los casos taxativos señalados en la ley (artículo 318 del Código Civil) por los que se produce el fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales, desde que el artículo 333 -citado en su texto- del Código sustantivo se refiere a las causas por las que se puede decretar la separación de cuerpos; siendo ésta una causa expresa que pone fin al citado régimen patrimonial (inciso 2 del artículo 318). Lo mismo se puede sostener cuando se invoquen las causales de abandono injustificado del domicilio conyugal y de separación de hecho para demandar el divorcio, por cuanto el artículo 349 autoriza alegar alguna de las causales contempladas en el ya citado artículo 333; siendo también el divorcio una causa expresa que pone fin a la sociedad de gananciales (inciso 3 del artículo 318)". Vale decir, que ni el abandono injustificado del domicilio conyugal ni la separación de hecho -por sí solos- son causas suficientes para disolver la sociedad de gananciales; son la separación de cuerpos y el divorcio, basados en tales supuestos de hecho, los que producen tal consecuencia.

Debe tenerse presente que en los casos de separación de hecho corresponde velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Este criterio plasmado en el segundo párrafo del artículo 345-A del Código Civil incorporado por la Ley 27495, determina la aplicación del principio de protección de la familia contenido en el artículo 4 de la Constitución de 1993; resultando, manifiesto, que se busca proteger a la familia monoparental.

[6]http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2014/03/26/en-caso-de-separaci-n-de-hecho-desde-cuando-se-considera-fenecido-el-r-gimen-de-sociedad-de-gananciales/

**SALVADOR BEJARANO, Collins (2014), en su investigación titulada "Repartición de Bienes Durante el Divorcio", llegó a las siguientes conclusiones[7]:**

El régimen de Sociedad de Gananciales está conformado a su vez por bienes propios, que son los que aporta cada cónyuge al iniciarse el matrimonio y los que adquiera en forma gratuita durante el matrimonio (Ej. Herencia, Donación, Indemnización, etc.) , y los bienes sociales (comunes) que son los adquiridos dentro del matrimonio en forma no gratuita.

Si se trata de un divorcio sin acuerdo dentro del proceso judicial deberá realizarse un inventario de todos los bienes, tanto los bienes propios como los sociales. En el inventario deberán detallarse todos los bienes que los cónyuges hayan adquirido antes y durante la vigencia del matrimonio, sea de forma onerosa o gratuita. En dicho inventario, no se deberá incluir el menaje ordinario del hogar. Luego de haberse realizado el inventario respectivo, se pagan las deudas y cargas originadas durante el matrimonio a favor de la sociedad conyugal, cumplido con el pago, se procede a reintegrar a cada cónyuge los bienes propios que quedaren.

**CASTRO PÉREZ – TREVIÑO, Olga María, en su investigación titulada "El Derecho de Propiedad Durante el Matrimonio y la Copropiedad", llegó a las siguientes conclusiones[8]:**

Una vez fenecido el régimen de la sociedad de gananciales, se pasa a una etapa de liquidación, concluida la cual, se divide el remanente por mitad entre el marido y la mujer. Este remanente constituye, en estricto, los gananciales, respecto de los cuales los cónyuges o ex – cónyuges, según sea el caso, ostentan un derecho de propiedad común o alícuotas bajo el régimen de la copropiedad.

La paradoja consiste en que recién con el surgimiento de los gananciales, surge un régimen de copropiedad entre los ex – cónyuges o, eventualmente, aún cónyuges, si fuere el caso de separación de cuerpos o de separación de

[7]http://www.divorciosporinternet.com/.../2014/.../Requisitos-DIVORCIO-POR-CAUSAL-O-S...

[8] Derecho y propiedad – revista, facultad de derecho PUCP. Coautora. Año XIV N° 20, lugar de publicación y fecha de publicación: Lima 2002.

patrimonios. No cabe pues posibilidad alguna de confusión entre ambos regímenes.

## Evolución Normativa

Principales proyectos de ley a favor de la introducción de la separación de hecho.[9]

**• Proyecto Nº 1716/1996**

Este proyecto, presentado por **Daniel Estrada Pérez**, es mucho más elaborado que los anteriormente reseñados. En efecto, en sus fundamentos contiene la siguiente definición "La separación de hecho es la negación del estado de vida común en el domicilio conyugal, que puede ser producido por uno o los dos cónyuges, pero de manera voluntaria y con inequívocas demostraciones del deseo de mantenerlo. Es un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio, que innegablemente quiebra la institución matrimonial e impide su funcionamiento regular a través de la destrucción de las debidas relaciones que la ley establece y que los esposos se obligan a cumplir".

Además, indica que lo relevante en la separación de hecho "es la voluntad demostrada, expresa o tácitamente, para no seguir con las obligaciones del matrimonio".

De igual forma resulta interesante la motivación que hace con respecto al plazo que propone (02 años) para que la separación de hecho sea considerada causal de separación de cuerpos o divorcio. Indica que es necesario que la situación fáctica sea estable en el tiempo por lo que propone que dicha situación se mantenga por lo menos por dos años e indica que para proponer dicho plazo "se ha tenido en cuenta que el Código Civil fija también dos años en las causales de separación, cuando se trata de abandono injustificado de la casa conyugal y para

[9] Los proyectos han sido tomados de la página web del Congreso de la República http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf
Tesis de Ángel Alfredo Calisaya Marquez para el título de Magister en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.

la separación convencional", guardando coherencia con el tratamiento de situaciones análogas.

En la exposición de motivos de su proyecto, de igual forma, hace referencia al carácter objetivo indicando que debe ser causa de divorcio la separación de hecho "sin que sea necesario expresar motivos, sino únicamente la probanza del paso del tiempo en tal situación, pues la separación de hecho es la más clara y contundente demostración de falta de voluntad para hacer vida común".

Propone, como ya se adelantó, que la separación de hecho sea considerada como causal cuando sea de dos años continuos. No se hace ninguna referencia a la existencia o no de hijos. De igual forma, permite la invocación de hecho propio. Además, propone como vía procedimental para su sustanciación la vía sumarísima.

Lo que se puede rescatar de este proyecto es la manera como fue fijado el tiempo de separación de hecho. Como se dice corrientemente: todo plazo es siempre arbitrario, pero hay que fijarlo. En este caso, el congresista Estrada fundamenta la fijación del tiempo de separación de hecho relacionando ésta con otras "situaciones análogas", como las califica, la separación convencional y el abandono injustificado, lo que nos parece correcto. Este plazo de dos años, al final de cuentas, se mantendría como base del actual texto del numeral 12 del artículo 333 del Código Civil, pero cuando no existan hijos menores de edad.

**• Proyecto de ley Nº 1729/1996**

Ingresado con fecha 05 de setiembre de 1996, rubricado por **Roger Cáceres Velásquez**, es un proyecto que, con respecto a nuestro tema, propone su incorporación cuando la separación de hecho sea por el término de dos años, pero con dos condiciones: 1º Que solo hubiere vínculo civil y 2º no hubiere en el matrimonio hijos menores de 14 años. Además, se propone como vía procedimental la sumarísima, no solo para la separación de hecho, sino para todas las demás causales, siempre que no haya hijos menores de edad.

Se echa de menos la fundamentación de este proyecto. Además, llama atención que una de las condiciones para que se configure la separación de hecho sea que los cónyuges solo estén enlazados por vínculo civil. Se debe entender,

según el texto del proyecto, que en caso tengan vínculo religioso, la separación de hecho no sería factible. Este proyecto pretende de cierta forma conjurar las críticas que se hacían desde el sector religioso, con respecto a lo que se llamaba "divorcio unilateral" o "divorcio repudio".

**• Proyecto de ley Nº 2107/1996**

Presentado tan solo meses después (21 de octubre de 1996) por el mismo congresista **Roger Cáceres Velásquez**, este proyecto resulta de menor entidad que el anterior puesto que solo propone que "se tendrá como separación convencional, el hecho de que ambos cónyuges vivan y pernocten permanentemente por separado, sin relación marital entre ellos, en distintos domicilios, o en distinta habitación, en el mismo domicilio".

Lo que puede rescatarse de este proyecto es que hace referencia a una situación que hasta ahora es debatida, como lo hemos visto; esto es, si la separación de hecho puede configurarse incluso cuando los cónyuges comparten el mismo techo, pero nada más (habitaciones separadas, nada de vida en común, no hay vida conyugal, etc.).

Adelantando nuestra posición, según nuestro entender sí podría configurarse la separación de hecho incluso cuando se dé esta situación.

**• Proyecto Nº 3096/1997**

Este proyecto, presentado por **Javier Alva Orlandini**, con fecha 13 de noviembre de 1997, propone la introducción de la separación de hecho, pero no la denomina de esa manera si no indica que será causal para invocar la separación de cuerpos **"el abandono de la casa conyugal por más de cinco años continuos por cualquiera de los cónyuges"** (texto propuesto para el inciso 5 del artículo 333 del Código Civil) o también lo **denomina "abandono del hogar por el accionante"**. Como se observa se habla de un abandono de la casa conyugal por cualquier de los cónyuges, lo cual es una fórmula muy vaga. En primer lugar, por cuanto se introduce una voz "abandono" que no necesariamente se condice con la lógica del divorcio remedio y que más bien está vinculada con la lógica del divorcio sanción por la causal de abandono injustificado, lo que no contribuiría en nada a la claridad conceptual de la

separación de hecho; en segundo lugar, al indicarse que el abandono debe ser de “la casa conyugal”, esto impondría la necesidad de acreditar la constitución efectiva de la misma, excluyendo aquellos casos en los cuales, por cualquier motivo, los cónyuges no hayan constituido una casa conyugal o en los casos en los cuales aun compartiendo la casa conyugal, los cónyuges ya no hacen vida en común.

**• Proyecto Nº 5046/1999**

Proyecto ingresado el 13 de agosto de 1999, por el congresista **Javier Alva Orlandini**, quien antes de este proyecto ya contaba como dos anteriores sobre el mismo tema. En esta oportunidad el congresista propone el siguiente texto como causal de separación de hecho **“La separación de ambos cónyuges por más de cuatro años continuos, en cuyo caso ninguno es inocente ni culpable y no rige lo dispuesto en el artículo 335º”**.

Se puede resaltar de este proyecto el énfasis que coloca en el carácter no inculpatorio de esta causal pues indica que “ninguno es inocente ni culpable”, lo que es coherente con la dinámica del divorcio remedio.

**• Proyecto Nº 171/2000**

Presentado el 14 de agosto del 2000, por los congresistas **Ernesto Gamarra Olivares y Ruby Rodríguez del Aguilar**, resulta de suma importancia para el tema indemnizatorio que nos convoca, puesto que, a diferencia de los anteriores proyectos, éste contiene medidas de protección para el cónyuge, aunque no muy claras.

En efecto, se propone la introducción de la separación de hecho como causal de separación de cuerpos, mas no directamente como divorcio, aunque luego puede ser convertida la separación de cuerpos en la de divorcio. Para que la separación de hecho se configure como causal de separación de cuerpos debe **haber durado un periodo mayor a tres años ininterrumpidos**.

Sin embargo, lo que nos llama fuertemente la atención es el último párrafo del texto sustitutorio propuesto por los congresistas para el artículo 345 del Código Civil, puesto que se señala “son aplicables a la separación de cuerpos por

separación de hecho, se observará en cuanto sea aplicable, lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 326 y el artículo 731".

Si observamos el penúltimo párrafo del artículo 326 del Código Civil (que vendría a ser el actual antepenúltimo párrafo del mencionado artículo, puesto que se le agregó un párrafo final en mérito a la ley 30007 del 17 de abril del 2013) éste establece que "la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, **el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales**". Mutatis mutandi entendemos que la decisión unilateral, en el caso de la separación de hecho, se da en la situación en la cual uno de los cónyuges, en contra de la voluntad de su consorte o con prescindencia de la misma, finaliza con la cohabitación que les impone el matrimonio; en este supuesto, de conformidad con la aplicación supletoria que propone el proyecto, correspondería una indemnización (que entendemos fijada en una suma alzada) o una pensión de alimentos (que supone la ejecución de obligación de tracto sucesivo), ello sin perjuicio de los derechos que correspondan como parte de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, ello no queda ahí, además propone la aplicación supletoria en caso de separación de hecho del artículo 731 del Código Civil que señala: "Cuando el cónyuge sobreviviente concurra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales.

La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de éstos.

En su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge sobreviviente".

En esta aplicación supletoria vemos la génesis de lo que en el actual texto del artículo 345-A es la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal. En efecto, al aplicarse el 731 del Código Civil hay que hacer muchos cambios para adecuar lo regulado por ese artículo, referido a situaciones sucesorias, a una situación de decaimiento y disolución en vida del matrimonio. Sin embargo, se entiende de este proyecto que el cónyuge que resulta perjudicado con la separación de hecho se le reserva el derecho de habitación de forma vitalicia y gratuita sobre la casa-habitación donde se constituyó el domicilio conyugal, en caso de ejercerlo, perderá el derecho sobre los demás bienes de la sociedad conyugal.

Como se observa, mediante la aplicación supletoria de dos artículos, 326 y 731 del Código Civil, se empieza a tomar en consideración una situación accesoria a la separación de hecho muy relevante, esto es **la protección del cónyuge más perjudicado, ante los embates económicos que deba afrontar tras la separación**.

**• Proyecto Nº 565/2000**

Este proyecto es uno de los más relevantes puesto que la actual regulación de la separación de hecho, en buena parte, se basa en él. Fue presentado por la congresista **Miriam Schenone Ordinola** el 10 de octubre del 2000.

En este proyecto se contiene el actual texto del numeral 12 del artículo 333 del Código Civil referido a la separación de hecho. En efecto, se indica que es causal para la separación de cuerpos, la separación de hecho durante un periodo ininterrumpido de dos años; en caso de haber hijos menores de edad el plazo será de cuatro años.

La congresista presentante del proyecto justifica esta diferencia del siguiente modo: **“El proyecto de ley propone como causal de separación de cuerpos, la separación de hecho por un período ininterrumpido de dos años; sin embargo, teniendo en cuenta el interés superior de la niñez y la adolescencia, se propone que en los casos que existan hijos menores de edad, dicho período de separación deberá ser de cuatro años**.

En efecto, la pareja con hijos menores de edad, debe tener un tiempo mayor, un tiempo de reflexión, en el que puedan analizar la posibilidad de reconciliarse, ya que la separación y el ulterior divorcio de los cónyuges, afecta directamente a los hijos menores de edad. Esta causal de separación de cuerpos no debe dar lugar a decisiones ligeras e impensadas. Sin embargo, después de más de cuatro años de separación ininterrumpida de los cónyuges, no cabe la esperanza que se vuelvan a reunir".

Además, agrega que "la separación de los cónyuges que no tienen hijos, o que éstos son mayores de edad, sólo afecta directamente a los esposos, personas adultas, dueñas de sus actos y responsables de las consecuencias de los mismos".

Cabe anotar que se incluye la separación de hecho como causal indirecta de divorcio, es decir, previa declaración de separación de cuerpos, la cual luego podrá ser transformada en divorcio.

**• Dictamen de la Comisión de Reforma de Códigos**

De diciembre del 2000, por la comisión presidida por **Fernán Altuve-Febres**, recoge distintas propuestas hechas entre julio del 2000 y diciembre del mismo año. Sin embargo, en cuanto a lo que nos concierne, acoge el proyecto de ley 565/2000 de la congresista Schenone.

En efecto, propone el siguiente texto, que a la postre sería el que se consagraría en el artículo 333 del Código Civil: "12. La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años.

Dicho plazo será de cuatro años si la pareja tuviese hijos menores de edad, En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335º".

De igual forma, también recoge el texto de proyecto de ley 565, el cual en su momento marcamos como importante, en lo que respecta a la introducción del artículo 345-A en el Código Civil.

**• Dictamen de la Comisión de Justicia**

Esta comisión, presidida por **Daniel Estrada Pérez**, uno de los más insistentes en cuanto a proyectos referidos al tema, emitió un dictamen favorable de la

modificación del Código Civil en lo referido a la separación de hecho. Proponiendo como texto para el artículo 333 el siguiente: “11.- La separación de hecho de los cónyuges durante un período mayor a cuatro años ininterrumpidos, si la pareja tuviere hijos menores de edad, y dos años si no los tuviere. En estos casos, no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335º. La sentencia expedida no considerará a ninguno de los cónyuges inocentes ni culpables”. En buena cuenta, es la misma idea que hoy está plasmada en el artículo 333 del Código Civil, salvo por la última oración de la propuesta que no ha sido tomada en cuenta, por lo menos de manera explícita.

En lo que respecta al artículo 345-A modifica el propuesto por el proyecto de ley 565, proponiendo como texto “Tratándose de separación de cuerpos por separación de hecho, el juez puede conceder a petición del cónyuge que permaneció en el hogar, una compensación económica, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder”. Este texto sustitutorio tiene la virtud de evitar el término abandonado (que podría haber traído confusión), además conserva la ecuanimidad de no calificar como indemnización o reparación la compensación económica que le corresponde. En el texto final que se plasmaría en el artículo 345-A no iría ni el término abandono ni se haría referencia al cónyuge que permanece en el hogar, sino se hablaría del cónyuge más perjudicado, lo que, como veremos es adecuado. Sin embargo, a la compensación económica si se le enturbiaría, puesto que se agregaría la voz “indemnización por daños”, incluido el daño personal y el desequilibrio económico, lo que ha traído toda una estela de dudas que hasta la actualidad persisten.

**Ley 27495 vigente desde el 8 de julio del 2001**

Luego de emitidos los dictámenes el asunto pasaría al pleno del Congreso; es así que el año 2001 sería escenario de un hecho de suma importancia para el régimen que tratamos en este trabajo. Luego de haber pasado por una etapa en la cual se mantuvo el statu quo que, en realidad, no fue tal, puesto que sobre todo a partir del año 1995 hubo intensa actividad, como hemos visto, en cuanto a proyectos, esta ley vino a introducir importantes modificaciones.

La novedad más relevante, la más publicitada y que aún hoy genera debates respecto a su aplicación, y que es materia de esta investigación, fue la introducción de la separación de hecho como causal de divorcio siempre que dicha separación haya durado dos años ininterrumpidos en caso de no tener hijos menores de edad, en caso de existir hijos menores de edad el periodo de separación se extiende a cuatro años.

Esta causal tuvo que librar una dura batalla por mucho tiempo para que finalmente sea admitida, como lo hemos constatado. Existían antecedentes que datan de 1931, en la que Manuel Bustamante de la Fuente la propuso si es que mediaba 2 años. (Plácido 2001b:91). Sin embargo, es entre 1985 y 1999 que se presentarían hasta 13 propuestas legislativas referidas a la causal de separación de hecho.

Pero la introducción de la separación de hecho, que luego tendremos oportunidad de analizar con detalle, no fue la única modificación que esta ley nos trajo, sino que además incluyó a la causal de imposibilidad de hacer vida en común (inciso 11 artículo 333 Código Civil).

### 2.1.2. Bases Teóricas (Definiciones Conceptuales)

- **EL DIVORCIO**

Etimológicamente viene de la voz latina *divortum*, que a su vez proviene del verbo *divertere,* que significa "separarse" o irse cada uno por su lado. En sentido amplio, divorcio, significa relajación de la íntima comunidad de vida propia del matrimonio, por ruptura del vínculo conyugal, o por separación de los consortes. La noción comprende tanto al denominado divorcio absoluto como al divorcio relativo que responde todavía a la concepción clásica.

El divorcio también puede ser definido como aquella disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges. Al respecto, PUIG PEÑA[10] señala que el divorcio rompe las nupcias legales y válidamente contraídas, en lo que se diferencia de la nulidad del matrimonio, que supone un estado de derecho establecido con vicios insubsanables.

Por el divorcio, señala Carmen JULIA CABELLO[11], a diferencia de la separación de cuerpos, se pone fin de manera plena y definitiva al vínculo matrimonial, quedando ambos cónyuges en aptitud de contraer nupcias. Cabe señalar que ambas figuras se asemejan en cuanto requieren ser declarados judicialmente; aunque algunas legislaciones admiten su procedencia mediante una simple resolución administrativa, como por ejemplo, es el caso de los divorcios convencionales declarados en el Japón.

Cabe precisar, señala MURO ROJO[12], que si bien el concepto de divorcio suele aplicarse de manera indistinta tanto a la disolución del vínculo conyugal como a la separación de cuerpos, estos supuestos presentan una diferencia sustancial, habida cuenta que mientras el primer caso

---

[10]*Citado por MALLQUI REYNOSO, Max y Otro. Op. Cit.; p. 489.*

[11]*CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. "Divorcio ¿Remedio en el Perú?". En: Derecho de Familia. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas. 2003.; p. 115.*

[12]*MURO ROJO, Manuel y Alfonso REBAZA GONZALES. "Concepto de Divorcio". En: Código Civil comentado. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A. 2003.; p. 592.*

faculta a los ex cónyuges a contraer un nuevo matrimonio con otra persona, la separación de cuerpos no lo permite sino hasta que se destruya totalmente el vínculo anterior.

## ❖ SEPARACIÓN DE HECHO

Los legisladores de 1984, adoptaron el sistema mixto, tanto del divorcio sanción como del divorcio-remedio en el Código Civil y con la reforma efectuada por Ley Nº 27495 del 7 de julio del año 2001, se puede afirmar que en nuestro sistema se contemplan, causales subjetivas o inculpatorias propias del sistema del divorcio sanción, previstas en los incisos 1) al 11) del artículo 333º Código Civil, y por otro lado causales objetivas o no inculpatorias contempladas en los numerales 12) y 13) del mismo artículo del código adjetivo. Estas son precisamente la separación de hecho y la separación convencional, que corresponden al sistema del divorcio remedio, siendo la primera la que se va ajustando a nuestra realidad paulatinamente.

Ahora bien, la separación de hecho como causal ha variado en su denominación como hemos señalado: separación de facto, separación fáctica y rompimiento de hecho, etc., y según Alex F. Plácido[13]**, "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 de los esposos"**.

Para otros autores, la separación de hecho consiste en: **"la constatación fehaciente que debe hacer el juzgado a fin de acreditar que los cónyuges optaron en los hechos, por apartarse el uno del otro, dejando de lado el deber marital de convivencia y de la vida en común."**

Otra definición afirma que esta causal es la constatación fehaciente que debe hacer el Juzgador a fin de acreditar que los cónyuges han optado en los hechos por apartarse el uno del otro. Se trata luego de una causal directa, no

[13] *http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2014/03/26/en-caso-de-separaci-n-de-hecho-desde-cuando-se-considera-fenecido-el-r-gimen-de-sociedad-de-gananciales/*

inculpatoria y perentoria que determina el divorcio, que consiste en la interrupción del deber de hacer vida en común sin previa decisión judicial ni propósito de normalizar la vida conyugal de los esposos. Conforme la última disposición final de la Ley, se entiende que para los efectos de la aplicación del **inciso 12) del artículo 333º del Código Civil**, no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales de uno de los cónyuges o por razones que no tengan relación a una separación como pareja, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

Esta causal se funda pues en el quebrantamiento de uno de los elementos constitutivos primarios del matrimonio como es el hacer vida en común en el domicilio conyugal, pues se trata de un acto de rebeldía al cumplimiento de un deber voluntariamente aceptado al momento de la celebración del matrimonio. La causal se presenta como una fórmula que incorpora en nuestro sistema la teoría del divorcio-remedio, impuesta por la propia realidad social, familiar y económica que vive nuestro país, ante situaciones irregulares e ilegales que afectan la institución matrimonial, negando su esencia, al punto que las parejas han optado por una separación de hecho a falta de normativa específica que pueda legalizar el estado civil que les correspondería.

Los elementos configurativos de la separación de hecho son los siguientes:

**a)** Objetivo o material, consiste en la evidencia del quebrantamiento permanente y definitivo de la convivencia, sin solución de continuidad, lo que normalmente sucede con el alejamiento físico de uno de los esposos de la casa conyugal, sin que exista impedimento para que se configure la separación de hecho viviendo ambos cónyuges en el mismo inmueble incumpliendo la cohabitación.

**b)** Subjetivo o psíquico, la falta de voluntad para normalizar la vida conyugal, esto es, la ausencia de intención cierta de uno o de ambos cónyuges para continuar cohabitando, poniendo fin a la vida en común; ello supone que la separación de hecho debe haberse producido por razones que no

constituyen verdaderos casos de estado de necesidad o fuerza mayor, esto es, sin que una necesidad jurídica lo imponga.

**c)** Temporal, ya que resulta evidente que una separación esporádica, eventual o transitoria de los cónyuges no configura la causal, por eso se exige el transcurso ininterrumpido de dos años, si los cónyuges no tuviesen hijos menores de edad; y, de cuatro, si los tuvieran. La permanencia en el tiempo de una separación de hecho es la demostración de una definitiva ruptura de la vida en común y un fracaso del matrimonio que queda evidenciado de esta manera. Entonces, la fijación de un plazo legal tiene por objeto descartar la transitoriedad y otorgar un carácter definitivo a la separación de hecho.

La ley no ha establecido un plazo de caducidad, consiguientemente la demanda por esta causal puede interponerse en cualquier tiempo, debiendo tomarse en cuenta las siguientes consideraciones:

**a)** La no existencia de cohabitación;
**b)** La separación de hecho unilateral;
**c)** El tiempo de permanencia del estado de separados de facto; y
**d)** La existencia o no de hijos para tomar en cuenta el tiempo.

Los efectos del divorcio por causal de separación de hecho provienen de las modificaciones en virtud a la Ley Nº 27495, que son tres: primero, el fin de la sociedad de gananciales: en efecto, el artículo 319º, modificado por el numeral 1ºde la mencionada ley, establece que en los casos previstos en los incisos 5) y 12)del artículo 333º del código Civil , abandono injustificado de la casa conyugal y separación de hecho respectivamente, la sociedad de gananciales fenece desde el momento en que se produce la separación de hecho; en cambio, con respecto a terceros, el régimen de la sociedad de gananciales se considera fenecido en la fecha de la inscripción correspondiente. La ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia, esto es, a partir del 8 de julio del año 2001 tal como establece la primera disposición complementaria y transitoria. Recordemos que incluso se dio un plazo no mayor de treinta

días, en la segunda de estas disposiciones transitorias, para que los procesos en trámite pudieran ser modificados por la parte demandante, de acuerdo a estas dos nuevas causales.

- **SOCIEDAD DE GANANCIALES:**

Se le llama sociedad de gananciales a la reunión de aportes del marido y la mujer para formar un nuevo ente o sociedad de bienes gananciales, de bienes comunes, determinados taxativamente en el Código Civil.

Precisamos definición de los bienes gananciales y los gananciales propiamente dichos, el primero, es sólo un derecho de participación que cada cónyuge tiene en el valor de los bienes; el segundo, los bienes que deben ser objeto de división entre los consortes a fin de hacer efectivo aquel derecho; y, el tercero, los bienes remanentes que se dividirán por mitades ambos esposos o sus respectivos herederos después de la liquidación de la sociedad.

**Clases de Bienes dentro del Régimen de Sociedad de Gananciales:**

Conforme lo establece el artículo 301º del Código Civil, el régimen de sociedad de gananciales comprende el patrimonio común y los patrimonios privativos de los cónyuges.

- **Bienes propios o Patrimonios privativos.**

Los bienes propios son aquellos que tiene cada cónyuge desde antes de la celebración del matrimonio, y los que adquiere durante éste a título gratuito, por subrogación real con el otro bien propio, o por una causa o título anterior al matrimonio, también están comprendidos los bienes adquiridos después de la herencia, legado, o donación, estando previstos en el artículo 302º del Código Civil la relación de bienes propios, como son las indemnizaciones por accidentes o seguros, los derechos de autor e inventor, los implementos

laborales o profesionales, las acciones y participaciones de sociedades, la renta vitalicia, los vestidos y objetos de uso personal. Cada cónyuge tiene el derecho de administrarlos, con excepción de los frutos provenientes de los bienes propios, pues estos son bienes sociales, y cuando el cónyuge propietario de los bienes permite que sean administrados por el otro; además el cónyuge propietario de los bienes propios puede gravarlos o disponer de ellos libremente, sin intervención del otro cónyuge; en este régimen durante la sociedad de gananciales, cualquiera de los cónyuges no puede renunciar a donaciones, herencia o legados.

- **Bienes Sociales o Patrimonio Común:**

Los bienes sociales son aquellos objetos corporales e incorporales que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso, y aun después de su disolución por causa o título anterior a la misma.

En el Código Civil se emplea el sistema de complementación, enumerados los bienes propios, todo lo que queda son bienes sociales, con este sistema no hay omisión, así el artículo 310 del Código Civil aclara que son bienes sociales inclusive los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios, y de la sociedad, las rentas de derechos de autor e inventor, también tienen la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal común en suelo propio de uno de los cónyuges, abonando a este el valor del suelo al momento del reembolso.

Respecto a la administración de los bienes sociales, este corresponde a ambos cónyuges, sin embargo hay excepciones, asignándose la administración a uno de los cónyuges por expresa autorización del otro consorte, uno de los cónyuges asume la administración por ausencia del otro, o estando presente, está impedido por interdicción u otra causa; y, por abandono del hogar conyugal de uno de los consortes, asume de pleno derecho de administración el otro.

**Características del Régimen de Propiedad en el Matrimonio[14]:**

Durante el matrimonio pueden coexistir "bienes propios" y "bienes sociales" (301°). Respecto de los primeros, cada cónyuge conserva la libre disposición (303°).

Nos parece pertinente hacer aquí una primera precisión. Los bienes propios son aquellos que pertenecen en forma exclusiva a cada uno de los cónyuges y no forman parte de ese "patrimonio autónomo" al que hemos hecho referencia líneas arriba. En cambio, los bienes sociales son aquellos adquiridos dentro del matrimonio y que, por tanto, pasan a integrar la masa que conforma el patrimonio autónomo. La regla es que todo bien adquirido a título oneroso dentro del matrimonio, se presume social. Así, los bienes sociales son la regla y los bienes propios, la excepción.

Siendo así las cosas, conviene examinar que bienes de propiedad de los cónyuges se consideran propios:

**a)** Los adquiridos antes de la celebración del matrimonio (302°, inc. 1), se trata de bienes adquiridos cuando el titular era soltero. Por lo tanto, la adquisición precede al matrimonio y como quiera que el matrimonio es el hecho jurídico que determina el nacimiento del régimen de la sociedad de gananciales, quedan excluidos del patrimonio social los bienes que fueron adquiridos antes.

**b)** Los adquiridos durante la vigencia del matrimonio a título gratuito (302°, inc. 2). está referido a los bienes recibidos como obsequio, a título de donación. Líneas arriba explicamos que se presume que son sociales los bienes adquiridos a título oneroso estando vigente el régimen de la sociedad de gananciales. La razón de ser de esta presunción es que los recursos de los que se dispone para adquirir un bien, también son parte del "patrimonio autónomo" que surge en razón del matrimonio. En ese sentido, si no existe disposición patrimonial para adquirir el bien, este no

[14] *http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/04/el-derecho-de-propiedad-durante-el-atrimonio-y-la-copropiedad/*

formará parte del patrimonio autónomo y se entiende que pertenece exclusivamente al cónyuge que lo recibió en propiedad, a título gratuito. Cabe señalar, sin embargo, que si el obsequio hubiese sido para ambos cónyuges, debería entenderse que existe un régimen de copropiedad entre ambos, solo respecto de este bien, siendo cada uno de ellos, propietario exclusivo de sus alícuotas.

**c)** Los que adquiera cualquiera de los cónyuges, durante la vigencia del régimen de la sociedad de gananciales, cuando la causa de adquisición ha precedido al matrimonio (302°, inc. 2). Este es el caso de los bienes cuya adquisición tiene su origen en fecha anterior al matrimonio, aun cuando el modo en la transferencia opere después de celebrado este. Una vez más, el régimen respeta la relación de causalidad entre el carácter – propio o social – de los recursos económicos que se emplean o disponen para adquirir un bien, determinando así el carácter del bien.

**d)** Los que sustituyen o subrogan a otros que tenían la condición de propios (311°, inc. 2). Es el caso del bien que se adquiere a título oneroso dentro del matrimonio, pero con recursos que provienen de la enajenación de otro bien que tenía la condición de propio. También podría ser el caso de la permuta de un bien propio por otro y por tanto, éste último tendrá igualmente la misma condición jurídica que aquel. Al igual que en el caso anterior, la relación de causalidad – esta vez por subrogación – determina la condición jurídica del derecho de propiedad sobre los nuevos bienes.

**e)** Las acciones o participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando las acciones o participaciones sean bien propio (302°, inc. 7). La lógica que se sigue en este supuesto es la misma que en los casos anteriores. Aquí no existe un valor de adquisición del bien, sino que las nuevas acciones o participaciones son únicamente la expresión del mayor valor patrimonial de la sociedad de que se trate, reflejada a su vez en un incremento del capital social y, por ende, en la emisión de nuevas acciones o participaciones.

**f)** Las indemnizaciones por accidentes o por seguros, los derechos de autor, los libros e instrumentos útiles para el ejercicio de la profesión, la renta vitalicia y los vestidos y objetos de uso personal (302° inc. 4, 5, 6, 8 y 9). El criterio común a estos casos es que se trata de derechos personalísimos, lo que los hace incompatibles con la naturaleza de los bienes que conforman el patrimonio social.

## ❖ FIN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES[15]

Fenece el régimen de la sociedad de gananciales:

1. Por invalidación del Matrimonio.
2. Por separación de cuerpos.
3. Por divorcio.
4. Por declaración de ausencia.
5. Por muerte de uno de los cónyuges.
6. Por cambio de régimen patrimonial.

[15] Código Civil: Articulo N°318 – Fin de la sociedad de gananciales

## 2.2. OBJETIVOS

### 2.2.1. Identificación de los objetivos

- **GENERAL**

  Analizar la Casación N°38-2016 – LIMA

- **ESPECIFICOS**

1. Determinar en qué casos Constituye bien social lo construido sobre un bien propio.

## 2.3. VARIABLES.

### 2.3.1. Identificación de las variables

- **VARIABLE INDEPENDIENTE**

  El Divorcio por Causal de Separación de Hecho.

- **VARIABLE DEPENDIENTE**

  Constituye bien social lo construido sobre un bien propio.

## 2.4. SUPUESTOS.

- El divorcio por causal de separación de hecho se hace efectivo sólo si ambas partes ya no conviven en el mismo domicilio.

- Los medios probatorios presentados por el demandante y demandado deben ser valorados por el Ad Quo, a fin de no vulnerar el debido proceso establecido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú.

# CAPÍTULO III

## METODOLOGÍA

### 3.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVAEXPLICATIVO.

### 3.2. MUESTRA.

La muestra de estudio estuvo constituida por la Casación N° 38-2016-Lima.

### 3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

- **ANÁLISIS DOCUMENTAL**, con esta técnica se obtendrá la información sobre la Casación N° 38-2016-Lima.

### 3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. El Catedrático responsable del Programa de titulación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCP nos proporcionó la Casación materia de análisis.

2. Luego se realizó el análisis de la Casación N° 38-2016-Lima, desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco del Derecho Civil – Divorcio por causal.

3. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.

4. La recolección estuvo a cargo de los autores del método de caso.

5. El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la constitución política del Perú (1993), Código Civil y Código Procesal Civil.

6. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

## 3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo explicativo con respecto a la Casación N° 38-2016-Lima.

## 3.6. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA.

En todo momento de la ejecución del anteproyecto, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, orden y se tuvo en cuenta la confidencialidad, anonimato y privacidad.

## CAPÍTULO IV
## RESULTADOS

Con respecto al análisis de la Casación estudiada, de acuerdo a la demanda interpuesta por don Hernán Arturo Salvador Díaz contra España Edwards Zavaleta, planteando como pretensión principal divorcio por causal de separación de hecho, como primera pretensión accesoria extinción de la sociedad de gananciales, como segunda pretensión accesoria se declare que el domicilio conyugal ubicado en Calle Avogadro N° 116 – segundo piso – Distrito de Surco es bien propio del actor, y como tercera pretensión accesoria se ordene a la demandada abandone el inmueble antes mencionado, teniendo en cuenta la contestación y la reconvención planteada a la misma, en la cual se declaró fundado el recurso de casación interpuesto por la demandada, casando la sentencia de vista de fecha 14 de octubre de 2015, de fojas 1151:

- ✓ El fenecimiento de la sociedad de gananciales tiene un doble objeto. Por un lado pone fin a la sociedad de gananciales; por el otro, hace posible la repartición de las ganancias, si las hubiere, después de deducidas las cargas y deudas sociales. Para esto último, se crea un estado de indivisión en el patrimonio que facilita y concluye con la liquidación del mismo.

- ✓ La sociedad de gananciales se disuelve solo por causas taxativas, siendo éstas las únicas razones que pueden ser alegadas para solicitar la conclusión del mencionado régimen.

- ✓ Producido el fenecimiento de la sociedad de gananciales debe liquidarse el patrimonio. La primera operación es la realización de un inventario valorizado que comprenderá los bienes propios y sociales, como activo, y las obligaciones sociales, cargas y deudas comunes, como pasivo.

- ✓ Se debe tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 302 del Código Civil, son considerados bienes propios: los que cada cónyuge aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales; los que adquiera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de

adquisición ha precedido a aquélla; los que adquiera durante la vigencia del régimen a título gratuito; la indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad; los derechos de autor e inventor; los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio; las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente ente los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio; la renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio; y los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia por su parte, el artículo 310 del Código Civil enunciados como bienes sociales los no comprendidos en el artículo 302, incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión, así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor.

- ✓ La determinación de la calidad del bien como propio o social, si bien es un tema que no reviste mayor dificultad para su entendimiento, tiene diversos efectos en sede civil y en sede registral para la circulación de bienes. Los actos de disposición de una persona como propio cuando es social, son incluso materia de discusión en el VIII Pleno Casatorio en materia civil, a fin de determinar si nos encontramos en un supuesto de nulidad o ineficacia.

**1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juez mediante resolución número 32, de fecha nueve de marzo de dos mil quince, obrante a fojas mil sesenta y siete, declaró fundada en parte la demanda y la reconvención; en consecuencia: a) Disuelto el vínculo matrimonial, b) Fenecida la sociedad de gananciales, c) Infundada la pretensión de alimentos peticionada por la emplazada, d) Infundada la indemnización por daños y perjuicios peticionada por la emplazada, e)

Infundado el divorcio por imposibilidad de hacer vida en común, f) Se declara como bien propio de don Hernán Arturo Salvador Díaz los aires (segundo piso) del inmueble ubicado en la calle Avogadro N 116 – San Borja y como patrimonio de la sociedad conyugal la construcción edificada sobre los aires.

Al considerar principalmente que:

**1.1.** Respecto al requisito especial para invocar la causal de separación de hecho.- En autos no se aprecia ningún documento de requerimiento y/o reclamo de pago sobre pensión de alimentos efectuado por alguna de las partes, por lo que debe tenerse por cumplido el requisito de procedencia referido al cumplimiento de la obligación alimentaria.

**1.2.** Respecto al divorcio y extinción de la sociedad de gananciales.- En autos se ha acreditado la separación de hecho entre ambos cónyuges, pues así lo han reconocido ambas partes en la demanda y reconvención. Además, esta circunstancia ha sido corroborada por el hijo de las partes, Arturo Manuel Salvador Edwards, quien ha señalado en su declaración testimonial que sus padres se encuentran separados desde el año 2004 por dos motivos: a) Por la adicción a las drogas de su hermano Hernán; y, b) Por el descubrimiento de otra relación sentimental de su papá. Razón por la cual debe declararse el divorcio por la causal de separación de hecho prevista en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil y, como consecuencia de ello, la extinción de la sociedad de gananciales.

**1.3.** En cuanto a la pretensión de declaración de bien propio.- Obra a fojas quinientos cuarenta y dos, el testimonio de anticipo de legítima que otorgaron los padres del demandante a favor de éste (anticipo celebrado el trece de noviembre de mil novecientos ochenta y cinco y elevado a escritura pública el dieciocho de julio de dos mil cinco), respecto a “los aires del primer piso” del inmueble ubicado en la calle Avogadro N 116 – San Borja. De otro lado, obra a fojas quinientos treinta y nueve, el testimonio de aclaración y ampliación de anticipo de legítima del diez de febrero de dos mil doce, por el cual se aclara que el anticipo de legítima comprende también la edificación existente

actualmente “que se levantó con recursos de la sociedad conyugal sobre los aires”. A partir de los cual se advierte que los aires del inmueble fueron transferidos por anticipo de legítima al actor, por lo que constituyen bien propio; pero que la edificación existente en ellos fue levantada con recursos de la sociedad conyugal, por lo que constituye un bien social, conforme se acredita con las instrumentales de fojas doscientos uno a doscientos catorce, máxime si las deudas contraídas con el Banco de Crédito del Perú, han sido cubiertas en su totalidad por el demandante conforme es de verse de fojas quinientos cincuenta y cuatro a quinientos setenta y siete, declaración testimonial de José Manuel Cabral Ramírez, quien señala vivir en el primer piso del inmueble y que era cuestión de la sociedad conyugal la construcción del inmueble pues solo se le dio los aires, por su parte la demandada señala que construyó con el demandante y que los préstamos hipotecarios los pagó ella por descuentos por planilla; por su parte el demandante señala, que cuando contrajo matrimonio con la demandada la construcción no existía pero que el proyecto ya estaba listo para construir, es decir la construcción del segundo piso del bien se realizó durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

**1.4.** Respeto a la pretensión de desocupación.- debe desestimarse, pues el demandante no ha acreditado que exista grave peligro para la vida, salud o el honor, conforme al artículo 289 del Código Civil.

**1.5.** Respecto al divorcio por causal de imposibilidad de hacer vida en común. La demandada imputa al actor un carácter violento, agresivo e insoportable que hace imposible la vida en común, pero no ha acreditado esta afirmación.

**1.6.** Respecto a los alimentos.- La demandada se limita únicamente a solicitarlos, pero no sustenta su pedido, ni evidencia estado de necesidad.

**1.7.** Respecto a la indemnización.- La demandada afirma que ha sido víctima de maltrato físico y psicológico por parte de su esposo y que éste no ha contribuido a la educación de su segundo hijo; sin embargo, no acredita estos hechos, y tampoco demuestra que la

separación la haya afectado; razón por la cual no se evidencia que la demandada o el demandante hayan sido afectados con la separación.

## 2. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha catorce de octubre de dos mil quince, obrante a fojas mil ciento cincuenta y uno, revocó la apelada en el extremo que declara patrimonio de la sociedad conyugal la construcción realizada sobre los aires (segundo piso) del inmueble ubicado en la calle Avogadro Nº 116 – San Borja y, reformándola, declara improcedente esta pretensión; confirma la sentencia apelada en lo demás que contiene. Sustentada en los siguientes fundamentos:

**2.1.** En cuanto al divorcio.- Debe confirmarse, dado que en autos se encuentra acreditada la configuración de la causal de separación de hecho.

**2.2.** En cuanto al extremo que declara patrimonio de la sociedad conyugal la construcción realizada sobre los aires (segundo piso) del inmueble ubicado en la calle Avogadro Nº 116 – San Borja: a) El anticipo de legítima resulta eficaz desde el momento en que fue elevado a escritura pública, esto es, desde el dieciocho de julio de dos mil cinco, conforma a lo previsto en el artículo 1624 del Código Civil; b) En consecuencia, se desprende que cuando se efectuó la transferencia de la propiedad, ya se encontraba la edificación terminada, según se desprende del informe de valoración de fecha treinta y uno de julio de dos mil uno (fojas trescientos treinta y tres), que establece que el primer piso del bien tiene una antigüedad estimada de 23 años, mientras que el segundo piso una antigüedad aproximada de 11 años. Por tanto, se encuentra acreditado que las construcciones que se realizaron sobre los aires del bien se consolidaron cuando el bien pertenecía a los padres del demandante, esto es, cuando todavía no había efectuado la transferencia; c) En tal sentido, el anticipo de legítima comprendió también la fábrica y, por tanto, no es posible determinar en este proceso de divorcio la condición que se reclama sobre dicha construcción de parte de la demandada, en

tanto que pueden vulnerarse derechos de terceros no involucrados en este proceso por las implicancias que trae un anticipo de legítima.

## 3. RECURSO DE CASACIÓN

Contra la resolución dictada por la Sala Superior, la reconviniente España Edwards Zavaleta interpone recurso de casación a fojas mil doscientos dos, el mismo que ha sido calificado mediante resolución de fecha quince de abril de dos mil dieciséis, que declaró procedente el recurso de casación por las causales:

**a)Infracción normativa del artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política, y de los artículos I del Título Preliminar y 197 del Código Procesal Civil.** Respecto de la cual alega que la sentencia de vista objeto de impugnación ha vulnerado su derecho al debido proceso, en su vertiente de derecho a la prueba, debido a que no ha valorado los siguientes medios probatorios: i) El contrato privado de mutuo con fianza solidaria de fecha veinticuatro de enero de 1988; ii) El contrato de prestación de servicios de fecha veintinueve de mayo de dos mil tres; iii) El contrato de albañilería de fecha uno de junio de dos mil tres; iv) Las boletas de compra de accesorios para trabajo de albañilería y carpintería realizados en la cocina del hogar conyugal; v) Las seis fotografías que acreditan que el demandante recibió en anticipo de legítima únicamente los aires del bien ubicado en la calle Avogadro N° 116 – San Borja; vi) El certificado de fecha dos de julio de mil novecientos noventa y tres, expedido por el Sub Gerente Central de Desarrollo de Personal del Instituto Peruano de Seguridad Social; vii) La declaración jurada de la suscrita de fecha catorce de junio de mil novecientos noventa y siete; y, viii) Las declaraciones de parte y testimoniales existentes en los autos; y ello a pesar de tratarse de medios probatorios que valorados en su conjunto acreditan fehacientemente que el ahora demandante únicamente recibió en anticipo de legítima los aires de la primera planta del bien ubicado en la calle Avogadro N° 116 – San Borja, pero que la construcción edificada en ellos fue levantada con recursos de la sociedad conyugal, pues ambos cónyuges la laboraban en el Instituto Peruano de

Seguridad Social con buenas remuneraciones y, por tanto, tenían acceso a créditos financieros con los que realizaron la construcción;

**b)La infracción normativa del artículo 139inciso 5, de la Constitución Política y los artículos 121, incisos 3 y 4, y 122 del Código Procesal Civil**. Alegando que la sentencia de vista objeto de impugnación ha vulnerado su derecho al debido proceso, en su vertiente de derecho a la motivación, por tres razones esenciales: i) Por no haber expresado ninguna consideración en relación al caudal probatorio antes descrito; ii) Por no haber tenido en cuenta el argumento de defensa por el cual sostuvo que la edificación existente sobre los aires de la primera planta del inmueble ubicado en la calle Avogadro N° 116 – San Borja fue levantada con los recursos de la sociedad conyugal, pues ambos cónyuges se encontraban empleados durante el año 1987 en el Instituto Peruano de Seguridad Social, ganando una remuneración considerable, que les permitió acceder a préstamos de diferentes cooperativas y mutuales, con los cuales se financió la construcción; y, iii) Por no haberse pronunciado sobre la pretensión por la cual el demandante pretendía que la construcción edificada sobre los aires de la primera planta del inmueble ubicado en la calle Avogadro N° 116 – San Borja sea declarada bien propio suyo y, además, haber afectado el principio de limitación del agravio, toda vez que en la apelación del demandante se argumentó que el órgano jurisdiccional no había valorado ciertos medios probatorios y la sentencia de vista ha resuelto indicando que lo solicitado por la recurrente no se puede determinar en este proceso.

**FUNDAMENTOS DE LA CASACION:**

De la revisión de los autos se advierte que la instancia de mérito ha infringido el marco jurídico aquí delimitado, en tanto no ha cumplido con valorar de manera conjunta y razonada todos los medios probatorios, tales como:

**a)**El contrato privado de mutuo de fojas setecientos cincuenta y nueve donde ambas partes asumen una deuda por cincuenta mil intis el de fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, en el que se indica que el préstamo es para mejoras de vivienda;

**b)** La resolución directoral obrante a fojas setecientos sesenta y tres que autoriza el descuento por planilla por concepto de préstamo de cincuenta mil intis, a la demandada España Edwards Zavaleta;

**c)** La demanda ejecutiva obrante a fojas setecientos cincuenta y ocho interpuesta por la mutual Santa Rosa contra ambas partes;

**d)** La carta dirigida por la demandada a la Mutual Santa Rosa obrante a fojas setecientos sesenta y cinco;

**e)** Los actuados judiciales del proceso de pago de intis seguido por Mutual Santa Rosa contra la demandada, obrantes a fojas setecientos cincuenta y cinco, setecientos cincuenta y seis y setecientos cincuenta y siete;

**f)** Las cartas de fojas setecientos sesenta y cinco a setecientos sesenta y siete;

**g)** La declaración jurada de fojas setecientos sesenta y nueve; y,

**h)** El presupuesto para elaboración de repostería de cocina y constancias de recibo de pago por dicho trabajo.

**V. DECISIÓN:**

Esta Sala Suprema, en aplicación de lo señalado por el artículo 396 del Código Procesal Civil; declara:

**a)** **FUNDADO** el recurso de casación de fojas mil doscientos dos, interpuesto por España Edwards Zavaleta, **CASARON** la sentencia de vista de fecha catorce de octubre de dos mil quince, obrante a fojas mil ciento cincuenta y uno.

**b)** **ORDENARON** que la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima expida nueva sentencia, con arreglo a los fundamentos expuestos en esta decisión suprema.

**c)** **DISPUSIERON** la publicación de esta resolución en el diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; y los devolvieron; en los seguidos por Hernán Arturo Salvador Díaz, sobre divorcio por causal de separación de hecho; intervino como Ponente, el Juez Supremo señor **De la Barra Barrera**.

## CAPÍTULO V
## DISCUSIÓN

1. En el petitorio de la demanda interpuesta por don Hernán Arturo Salvador Díaz contra España Edwards Zavaleta, planteando como pretensión principal divorcio por causal de separación de hecho, como primera pretensión accesoria extinción de la sociedad de gananciales, como segunda pretensión accesoria se declare que el domicilio conyugal ubicado en Calle Avogadro N° 116 – segundo piso –

Distrito de Surco es bien propio del actor, y como tercera pretensión accesoria se ordene a la demandada abandone el inmueble antes mencionado, la misma que, al ser contestada, la demandada solicita que la misma se declare inadmisible, debido a que el actor no ha cumplido con acompañar el acta de conciliación respectiva, y reconviniendo, solicita que a) se declare el divorcio por causal de separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común, b) indemnización por daños y perjuicios, c) pensión de alimentos, y d) extinción de la sociedad de gananciales.

2. Expuesto el problema, es necesario hacer mención que El segundo párrafo del artículo 310 revela la opción del legislador de beneficiar la calidad de común de los bienes, pero su alcance es menester precisarlo en dos aspectos: a) Alcance de la expresión Edificio construido a costa del caudal social; b) Integración en la calidad de bien común o separación de la propiedad del terreno con lo edificado.

3. a) Edificio construido a costa del caudal social: El supuesto del segundo párrafo del artículo 310 es el de un suelo, predio o terreno de propiedad personal de uno de los cónyuges, sobre el cual se construye un edificio a costa del caudal social. La expresión edificio construido a costa del caudal social significa la totalidad de la edificación. Así comprende la construcción de uno o nueve pisos sobre un terreno, pero también la de 100 m2 de área construida sobre un terreno de mil metros cuadrados. En consecuencia no comprende ninguna construcción que no es el íntegro de la edificación, como la construcción de un segundo o de un segundo hasta un noveno piso sobre un terreno y primer piso.

4. De esta manera si el terreno y el primer piso son propiedad personal de uno de los cónyuges y durante la vigencia de la sociedad de gananciales a costa del caudal social se construyen dos pisos adicionales; se trataría de un supuesto distinto del contenido en el artículo dado que en el ejemplo no todo lo construido ha sido con el caudal social, por consiguiente al inaplicarse la norma específica del régimen de sociedad de gananciales tendría que aplicarse la norma general de los derechos reales que "las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la condición de éste, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación." (artículo 889). De esta manera la construcción del segundo piso o del segundo al noveno piso seguiría la condición del bien, es decir de ser propiedad del titular del suelo y primer piso.

5. En ese sentido no son aplicables las normas de la accesión contenidas en el artículo 941 y siguientes por cuanto ellas están referidas a la posesión ilegítima en tanto se trata del poseedor de buena y de mala fe, mientras que el cónyuge del propietario del suelo sería un poseedor legítimo. Asimismo tampoco sería aplicable el artículo 316 inciso 5 referido a las mejoras útiles como carga de la sociedad en tanto la edificación o la construcción de un piso no sería propiamente una mejora sino una parte integrante del inmueble dado que no solo supone un aumento de valor sino esencialmente la creación de un nuevo valor afectando esencialmente a la cosa.

6. b) Integración o separación del terreno con lo edificado: Al indicarse que tienen la calidad de bien social los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, cabría sostener que no se produce ninguna integración de la propiedad de ambas, presentándose un supuesto de propiedad separada, análoga a la del derecho de superficie y propiedad horizontal. Lo construido sería bien social y el suelo propio continuaría siendo suelo propio sin producirse ninguna conversión, conforme lo denomina literalmente el artículo. En esta orientación el sentido del enunciado se encontraría en establecer una regla distinta del régimen del artículo 889 de los derechos reales en virtud del cual las partes integrantes de un bien y sus accesorios siguen la suerte de éste. El sentido de la excepción sería el de establecer indefinidamente una situación de propiedad separada.

7. Manifiesta esta interpretación sin embargo dificultad en discernir sobre el significado de la última parte del artículo: "abonándose a éste el propietario del terreno el valor del suelo al momento del reembolso". El contenido de este enunciado solo tiene sentido si se entiende el abono como contraprestación o indemnización sustitutoria a una mutación de propiedad en favor de la sociedad de gananciales. Pero entonces la transferencia de la propiedad del suelo a la sociedad conyugal significaría que se habría integrado la propiedad y no se habría producido la situación indefinida de la propiedad separada. Entonces se advierte además que la transferencia a favor de la sociedad conyugal es automática dado que la norma general de los derechos reales indica que "Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares" (artículo 887) y el propio concepto de reembolso alude a un menoscabo anterior en el patrimonio del cónyuge propietario del suelo.

8. De esta manera la construcción de un edificio con el caudal social tiene como efecto el cambio de la titularidad del inmueble en su conjunto; no solo lo edificado es de la sociedad de gananciales sino también el suelo convirtiéndose inmediatamente ambos en bien común. No queda claro sin embargo el momento preciso de la mutación de la titularidad: puede sostenerse que ello se produce al finalizar la construcción o cuando ésta configura propiamente una parte integrante. Pero ciertamente el derecho real de uno de los cónyuges sobre el suelo se transforma en alguno de esos momentos en un derecho personal de acreencia frente al patrimonio común de la sociedad de gananciales. Este crédito entendemos solo será exigible al momento del fenecimiento de la sociedad de gananciales.

9. En materia registral esta particular norma legal repercute en una mayor complejidad de la lectura de las partidas registrales perjudicando la claridad que deben proporcionar para facilitar el tráfico jurídico. La edificación se presenta no solo como un hecho de alteración en la descripción del inmueble, sino también como automático transformador por ley de la titularidad de dominio sin necesidad de referenciar en los asientos registrales ni en los títulos archivados la mutación de tal titularidad. De esta manera la declaratoria de fábrica tiene un impacto en la fe pública registral, pues el tercero protegido no solo debe leer los asientos correspondientes a la titularidad de dominio para enterarse quién es el propietario, sino también los asientos correspondientes a la descripción del inmueble en donde la alteración realizada por la sociedad conyugal convertiría en bien social la totalidad del inmueble y no solo el suelo.

10. Cornejo Chávez resalta que esta regla en materia de la regulación de la sociedad de gananciales se aparta del precepto jurídico general que reza que lo accesorio sigue la suerte de lo principal presente en los artículos 941, 943 y 944 del mismo Código Civil en materia de derechos reales. Sin embargo, no llega a dar una explicación convincente que fundamente plenamente este diferente tratamiento; sostiene: "dos son, sin embargo, las razones que justifican la disposición que estudiamos: la de que conviene estimular la edificación; y la de que es mucho más fácil que el dueño del edificio pague el valor del suelo, que no a la inversa, si se tiene en cuenta que ordinariamente las obras de edificación cuestan mucho más que el terreno en que se hacen".

11. Igual razón señaló Valverde al comentar el Código Civil de 1936 que discrepa en esto de otras orientaciones legislativas. Al respecto el Código Civil español en

su artículo 1359 tiene la solución contraria: "Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho".

12. Téngase presente que estas razones no explican por qué precisamente en materia de la regulación de las relaciones entre los cónyuges se opta por vulnerar el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, dado que igual comentario podría formularse en el caso de un tercero. Sobre el particular creemos que hay una noción propia del Derecho de Familia y no la estimulación a la edificación válida también para cualquier vinculación de tipo civil patrimonial la que motiva este dispositivo. Nos referimos a la noción de matrimonio como vida común, que el legislador pretende con esta norma desarrollar.

## CAPÍTULO VI
## CONCLUSIONES

- ✓ La regulación de la causal de separación de hecho permite una solución legal dentro de nuestro sistema, a los casos de cónyuges alejados de manera definitiva, faltando al deber de cohabitación, lo cual ocasionaba un desorden social.

- ✓ El establecimiento de la causal de divorcio por separación de hecho, no afecta la estabilidad de la institución matrimonial o de la familia de por sí, porque los problemas se generan al interior de la relación, no porque la legislación pueda considerarse permisiva, o porque se facilite una *"vía de escape"* para los matrimonios.

- ✓ No se vulnera el principio de protección constitucionalmente consagrado de protección a la familia como tampoco el de promoción al matrimonio, pues se ha legislado en función a la permisividad que la propia norma constitucional prevé, para la regulación legal de las causas del divorcio.

- ✓ La causal de imposibilidad de hacer vida en común no tiene naturaleza objetiva y así debería entenderse, por cuanto los hechos que dan lugar a esta causal deben probarse, acreditándose la culpabilidad del cónyuge al que se demanda, descartándose la interpretación bipolar de esta causal.

- ✓ Como señalaba el maestro Cornejo Chávez: "la contribución a solucionar los problemas profundos de la justicia social, exige al hombre de Derecho reconocer con humildad que sus instrumentos no bastan para corregir con acierto las situaciones de injusticia: si el jurista no trabaja con el sociólogo, el antropólogo, el etnógrafo, o el economista, jamás conocerá por entero la problemática que exige una solución de Derecho". Y es por ello que pensamos que la respuesta del legislador a pesar del tiempo que se venía debatiendo la separación de hecho, no ha sido perfeccionada por la visión interdisciplinaria conjunta, y por la participación del debate en la comunidad jurídica nacional, como debieran serlo las leyesen nuestro país.

- ✓ La causal de imposibilidad de hacer vida en común, requería de un mayor análisis y de un trabajo legislativo de extenso alcance interdisciplinario, pues si bien coincidimos en que resulta imposible la convivencia en condiciones adversas al natural desarrollo del ser humano y de los hijos, no puede improvisarse normas que no van a proporcionar soluciones adecuadas a esta conflictiva sin un trabajo técnico y sustentado.

- ✓ Los bienes sociales es beneficio de ambos cónyuges, es así, que para el crecimiento familiar es necesario realizar una especie de inversión en un determinado inmueble, sea la construcción sobre los aires del inmueble de cualquiera de los cónyuges, por lo que al disolver el vínculo matrimonial, el cónyuge que tenía el bien propio (antes que contraigan matrimonio), debe reconocer los aportes efectuados por el otro cónyuge.

## CAPÍTULO VII
## RECOMENDACIONES

- ✓ Tanto la actividad política, como la académica, así como la de la Magistratura, debe ser enfocada a generar lineamientos de real apoyo a la estabilidad de las Familias, a la comunidad de vida entre los cónyuges y rodearla de seguridad, evitando el quiebre de la vida afectiva familiar. Puntualmente debería desarrollarse las estrategias y actividades de la ley de Fortalecimiento Familiar, para darle eficacia.

- ✓ Debería establecerse como cláusula de dureza dentro de la aplicación de las causales de divorcio que se contemplan en el artículo 333° del Código Civil, especialmente si trata sobre bienes sociales con la finalidad de liquidarlos, es así que para evitar vulnerar los derechos de las partes, el debido proceso, la correcta aplicación de la norma, se deberá valorar todos los medios probatorios ofrecidos.

- ✓ Que los jueces al momento de admitir la demanda por separación de hecho, solo deberían tomar en cuenta el propio hecho de la separación efectiva o cese de la convivencia; es decir, constatar que la ruptura es definitiva, mas no considerar o evaluar situaciones de menor importancia salvo en casos que tengan bienes que dividir, asimismo de acuerdo a factores de idiosincrasia e incluso económicos, las más perjudicadas son las cónyuges y los hijos.

- ✓ Se requiere de una constante y mayor productividad de la doctrina y, especialmente de la jurisprudencia para la real comprensión de la causal de separación de hecho y de esta forma mejorar su aplicación en casos concretos.

## CAPÍTULO VIII

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:


- CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. “Divorcio ¿Remedio en el Perú?”. En: Derecho de Familia. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas. 2003.

- MURO ROJO, Manuel y Alfonso REBAZA GONZALES. “Concepto de Divorcio”. En: Código Civil comentado. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A. 2003.

- Derecho y propiedad – revista, facultad de derecho PUCP. Coautora. Año XIV N° 20, lugar de publicación y fecha de publicación: Lima 2002.

- PLACIDO VILCACHAHUA, Alex; Código Civil comentado de 1984: comentan 209 especialistas en las diversas materias de Derecho Civil, vol. 2, ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

- ALVAREZ MAZU, Carlos, “Destino de las acciones de los cónyuges al divorciarse: Posición de la SMV (ex Conasev)”, en revista Contadores & Empresas, N° 188, Agosto, 2012, Lima.

- MURO ROJO, Manuel y REBAZA GONZALES, Alfonso; en Código Civil Comentado, t.2, Primera Parte, Derecho de Familia., ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

- TAYA RUTTI, Patricia; en Código Civil Comentado, t.2, Primera Parte, Derecho de Familia. ed, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

- BUSTAMENTE OYAGUE, Emilia; en Código Civil Comentado, t.2, Primera Parte, Derecho de Familia., ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

- GARCÍA Y GARCÍA, José Manuel. “Teoría general del patrimonio”. En: Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Diez-Picazo. Tomo I, 1ra Edición. Civitas, Madrid, 2003.

- DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (2001). Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, 8ª ed., Madrid: Tecnos.

**WEBGRAFÍA:**

- spij.minjus.gob.pe/juris/civil-00001-10000/civil-04048.pdf

- http://blog.pucp.edu.pe/blog/alexplacido/2014/03/26/en-caso-de-separaci-n-de-hecho-desde-cuando-se-considera-fenecido-el-r-gimen-de-sociedad-de-gananciales/

- http://www.divorciosporinternet.com/.../2014/.../Requisitos-DIVORCIO-POR-CAUSAL-O-S...

- http://notariarosaliamejia.com/portal/2016/02/01/regimen-patrimonial-en-el-matrimonio/

- https://www.tytl.com.pe/abogados/documentacion/BIBLIOTECA%20REVISTA.doc

- https://legis.pe/casacion-3945-2015-cusco-contravenir-presuncion-ganancialidad-no-basta-registrar-bien-nombre-solo-conyuge/

# CAPITULO IX

# ANEXOS

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

## MÉTODO DE CASO: "CONSTITUYE BIEN SOCIAL LO CONSTRUIDO SOBRE BIEN PROPIO. CASACIÓN N° 38-2016-LIMA."

**AUTORES: FLORES ZEGARRA, James Isaías y GUERRA FASABI, Wendy.**

| PROBLEMA | OBJETIVOS | SUPUESTOS | VARIABLE | INDICADORES | METODOLOGÍA |
|---|---|---|---|---|---|
| Determinar si constituye bien social lo construido sobre un bien propio. | **GENERAL:**<br>Casación N° 38-2016-LIMA.<br><br>**ESPECÍFICO:**<br>Determinar en qué casos Constituye bien social lo construido sobre un bien propio. | **1.** El divorcio por causal de separación de hecho se hace efectivo sólo si ambas partes ya no conviven en el mismo domicilio.<br><br>**2.** Los medios probatorios presentados por el demandante y demandado deben ser valorados por el Ad Quo, a fin de no vulnerar el debido proceso establecido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú. | **INDEPENDIENTE:**<br>- El Divorcio por Causal de Separación de Hecho.<br><br>**DEPENDIENTE:**<br>- Constituye bien social lo construido sobre un bien propio. | - Racionalidad del fallo.<br><br>- Congruencia en el fallo del Poder Judicial.<br><br>- Análisis de la Separación de Hecho.<br><br>- Análisis de la Sociedad de Gananciales. | **TIPO DE INVESTIGACIÓN:**<br>DescriptivoExplicativo<br><br>**DISEÑO:**<br>No experimental<br><br>**MUESTRA:**<br>Casación.<br><br>**TECNICAS:**<br>Análisis Documental<br><br>**INSTRUMENTOS:**<br>Expediente. |

***CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA***
***SALA CIVIL PERMANENTE***

***SENTENCIA***
***CAS. N° 38-2016***
***LIMA***

***Divorcio por Causal de Separación de Hecho***

**SUMILLA**: La prueba debe ser valorada en su integridad, acorde a su finalidad y de manera conjunta y razonada; hacer lo contrario constituye afectación al debido proceso, específicamente a la adecuada motivación y valoración de los medios probatorios.

Lima, uno de setiembre de dos mil dieciséis.-

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**; vista la causa número treinta y ocho – dos mil dieciséis; en audiencia pública de la fecha; y producida la votación de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia.

## I. ASUNTO:

En el presente proceso de divorcio por causal de separación de hecho, la demandada España Edwards Zavaleta, interpuso recurso de casación,a fojas mil doscientos dos, contra la sentencia de vista de fecha catorce de octubre de dos mil quince, obrante a fojas mil ciento cincuenta y uno, expedida por la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revoca la sentencia apelada de fojas mil sesenta y siete, su fecha nueve de marzo de dos mil quince, en el en el extremo que declara patrimonio de la sociedad conyugal la construcción sobre el inmueble de propiedad del demandante y reformándola declara improcedente dicha pretensión; en los seguidos por Hernán Arturo Salvador Díaz.

## II. ANTECEDENTES:

### 4. DEMANDA

Según escrito de fojas cuarenta y cuatro subsanado a fojas sesenta y uno, Hernán Arturo Salvador Díaz, interpone demanda planteando como pretensión principal el Divorcio por causal de separación de hecho contraído con España Edwards Zavaleta el dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro; como primera pretensión accesoria la Extinción de la sociedad de gananciales; como segunda pretensión accesoria se declare que el domicilio conyugal, ubicado en la calle Avogadro N 116 – segundo piso – Surco es bien propio del actor; y como tercera pretensión accesoria se ordene a la demandada abandone el inmueble antes referido.

Expone como soporte de su pretensión que:

**4.1.** En cuanto a la pretensión principal y primera accesoria.- El dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro contrajo matrimonio con la demandada ante la Municipalidad Metropolitana de Lima, habiendo fijando su domicilio conyugal en la casa de sus padres (padres del actor), ubicada en la calle Avogadro N 116 – segundo piso – Surco; y procreado dos hijos: Hernán y Arturo Manuel Salvador Edwards.

**4.2.** No obstante, desde el año 2008 se encuentra separado en los hechos de su esposa, sin mantener ningún tipo de contacto y menos compartir el lecho y habitación (cada uno vive en cuartos separados); y ello como producto de la intolerancia, poca vocación familiar, y agresividad de la demandada hacia la familia paterna. A pesar de esto, él continúa sufragando los gastos de mantenimiento de la casa y los servicios básicos, como agua, luz y teléfono, a pesar que la demandada tiene una vida económica activa y holgada.

**4.3.** En cuanto a la declaración de bien propio.- Señala que el inmueble ubicado la calle Avogadro N 116 – segundo piso – Surco, donde han fijado el

domicilio conyugal, tiene la calidad de bien propio, por haber sido adquirido por medio de un acto de donación – anticipo de legítima de sus padres.

**4.4.** En cuanto a la pretensión de desocupación.- Al extinguirse el vínculo matrimonial, también se extinguirá el derecho a la cohabitación, por lo que no existirá justificación para que la emplazada siga ocupando un bien que tiene la calidad de propio.

## 5. CONTESTACIÓN

España Edwards Zavaleta, mediante escrito de fojas doscientos treinta, contesta la demanda, alegando principalmente que:

**5.1.** La demanda debe declararse inadmisible porque el actor no ha cumplido con acompañar acta de conciliación respecto a los asuntos de derechos disponibles. Además, explica que es cierto que cuando se inició el matrimonio, recibieron el apoyo de los padres de su esposo, quienes les cedieron los aires de su vivienda y lo transfirieron a favor de éste como anticipo de legítima, pero que la construcción existente en ella ha sido llevada a cabo durante la vigencia de la sociedad conyugal y, por tanto, constituye un bien conyugal y no propio.

**Reconviene.-**

**5.2.** Solicita: a) Se declare el divorcio por causal de separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común, señalando; que es cierto que desde el año 2004 se encuentra separado de su esposo en los hechos, pues aunque domicilian en un mismo inmueble, ambos duermen en habitaciones distintas y no pueden mantener una conversación como personas educadas y menos tienen relación ni lecho común, debido a la conducta del demandado, quien prefiere a su familia que a los suyos; b) Una indemnización por daños y perjuicios; c) Una pensión de alimentos; y, d) La extinción de la sociedad de gananciales.

## 6. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez mediante resolución número 32, de fecha nueve de marzo de dos mil quince, obrante a fojas mil sesenta y siete, declaró fundada en parte la demanday la reconvención; en consecuencia: a) Disuelto el vínculo matrimonial, b) Fenecida la sociedad de gananciales, c) Infundada la pretensión de alimentos peticionada por la emplazada, d) Infundada la indemnización por daños y perjuicios peticionada por la emplazada, e) Infundado el divorcio por imposibilidad de hacer vida en común, f) Se declara como bien propio de don Hernán Arturo Salvador Díaz los aires (segundo piso) del inmueble ubicado en la calle Avogadro N 116 – San Borja y como patrimonio de la sociedad conyugal la construcción edificada sobre los aires.

Al considerar principalmente que:

**6.1.** Respecto al requisito especial para invocar la causal de separación de hecho.- En autos no se aprecia ningún documento de requerimiento y/o reclamo de pago sobre pensión de alimentos efectuado por alguna de las partes, por lo que debe tenerse por cumplido el requisito de procedencia referido al cumplimiento de la obligación alimentaria.

**6.2.** Respecto al divorcio y extinción de la sociedad de gananciales.- En autos se ha acreditado la separación de hecho entre ambos cónyuges, pues así lo han reconocido ambas partes en la demanda y reconvención. Además, esta circunstancia ha sido corroborada por el hijo de las partes, Arturo Manuel Salvador Edwards, quien ha señalado en su declaración testimonial (fojas mil treinta) que sus padres se encuentran separados desde el año 2004 por dos motivos: a) Por la adicción a las drogas de su hermano Hernán; y, b) Por el descubrimiento de otra relación sentimental de su papá. Razón por la cual debe declararse el divorcio por la causal de separación de hecho prevista en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil y, como consecuencia de ello, la extinción de la sociedad de gananciales.

**6.3.** En cuanto a la pretensión de declaración de bien propio.- Obra a fojas quinientos cuarenta y dos, el testimonio de anticipo de legítima que

otorgaron los padres del demandante a favor de éste (anticipo celebrado el trece de noviembre de mil novecientos ochenta y cincoy elevado a escritura pública el dieciocho de julio de dos mil cinco), respecto a “los aires del primer piso” del inmueble ubicado en la calle Avogadro N 116 – San Borja. De otro lado, obra a fojas quinientos treinta y nueve, el testimonio de aclaración y ampliación de anticipo de legítima del diez de febrero de dos mil doce, por el cual se aclara que el anticipo de legítima comprende también la edificación existente actualmente “que se levantó con recursos de la sociedad conyugal sobre los aires”. A partir de los cual se advierte que los aires del inmueble fueron transferidos por anticipo de legítima al actor, por lo que constituyen bien propio; pero que la edificación existente en ellos fue levantada con recursos de la sociedad conyugal, por lo que constituye un bien social,conforme se acredita con las instrumentales de fojas doscientos uno a doscientos catorce, máxime si las deudas contraídas con el Banco de Crédito del Perú, han sido cubiertas en su totalidad por el demandante conforme es de verse de fojas quinientos cincuenta y cuatro a quinientos setenta y siete, declaración testimonial de José Manuel Cabral Ramírez, quien señala vivir en el primer piso del inmueble y que era cuestión de la sociedad conyugal la construcción del inmueble pues solo se le dio los aires, por su parte la demandada señala que construyó con el demandante y que los préstamos hipotecarios los pagó ella por descuentos por planilla; por su parte el demandante señala, que cuando contrajo matrimonio con la demandada la construcción no existía pero que el proyecto ya estaba listo para construir, es decir la construcción del segundo piso del bien se realizó durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

**6.4.** Respeto a la pretensión de desocupación.- debe desestimarse, pues el demandante no ha acreditado que exista grave peligro para la vida, salud o el honor, conforme al artículo 289 del Código Civil.

**6.5.** Respecto al divorcio por causal de imposibilidad de hacer vida en común.- La demandada imputa al actor un carácter violento, agresivo e insoportable que hace imposible la vida en común, pero no ha acreditado esta afirmación.

**6.6.** Respecto a los alimentos.- La demandada se limita únicamente a solicitarlos, pero no sustenta su pedido, ni evidencia estado de necesidad.

**6.7.** Respecto a la indemnización.- La demandada afirma que ha sido víctima de maltrato físico y psicológico por parte de su esposo y que éste no ha contribuido a la educación de su segundo hijo; sin embargo, no acredita estos hechos, y tampoco demuestra que la separación la haya afectado; razón por la cual no se evidencia que la demandada o el demandante hayan sido afectados con la separación.

## 7. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha catorce de octubre de dos mil quince, obrante a fojas mil ciento cincuenta y uno, revocó la apelada en el extremo que declara patrimonio de la sociedad conyugal la construcción realizada sobre los aires (segundo piso) del inmueble ubicado en la calle Avogadro Nº 116 – San Borja y, reformándola, declara improcedente esta pretensión; confirma la sentencia apelada en lo demás que contiene. Sustentada en los siguientes fundamentos:

**7.1.** En cuanto al divorcio.- Debe confirmarse, dado que en autos se encuentra acreditada la configuración de la causal de separación de hecho.

**7.2.** En cuanto al extremo que declara patrimonio de la sociedad conyugal la construcción realizada sobre los aires (segundo piso) del inmueble ubicado en la calle Avogadro Nº 116 – San Borja: a) El anticipo de legítima resulta eficaz desde el momento en que fue elevado a escritura pública, esto es, desde el dieciocho de julio de dos mil cinco, conforma a lo previsto en el artículo 1624 del Código Civil; b) En consecuencia, se desprende que cuando se efectuó la transferencia de la propiedad, ya se encontraba la edificación terminada, según se desprende del informe de valoración de fecha treinta y uno de julio de dos mil uno (fojas trescientos treinta y tres), que establece que el primer piso del bien tiene una antigüedad estimada

de 23 años, mientras que el segundo piso una antigüedad aproximada de 11 años. Por tanto, se encuentra acreditado que las construcciones que se realizaron sobre los aires del bien se consolidaron cuando el bien pertenecía a los padres del demandante, esto es, cuando todavía no había efectuado la transferencia; c) En tal sentido, el anticipo de legítima comprendió también la fábrica y, por tanto, no es posible determinar en este proceso de divorcio la condición que se reclama sobre dicha construcción de parte de la demandada, en tanto que pueden vulnerarse derechos de terceros no involucrados en este proceso por las implicancias que trae un anticipo de legítima.

## 8. RECURSO DE CASACIÓN

Contra la resolución dictada por la Sala Superior, la reconviniente España Edwards Zavaleta interpone recurso de casación a fojas mil doscientos dos, el mismo que ha sido calificado mediante resolución de fecha quince de abril de dos mil dieciséis, que declaró procedente el recurso de casación por las causales:

**a)Infracción normativa del artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política, y de los artículos I del Título Preliminar y 197 del Código Procesal Civil.**Respecto de la cual alega que la sentencia de vista objeto de impugnación ha vulnerado su derecho al debido proceso, en su vertiente de derecho a la prueba, debido a que no ha valorado los siguientes medios probatorios: i) El contrato privado de mutuo con fianza solidaria de fecha veinticuatro de enero de 1988; ii) El contrato de prestación de servicios de fecha veintinueve de mayo de dos mil tres; iii) El contrato de albañilería de fecha uno de junio de dos mil tres; iv) Las boletas de compra de accesorios para trabajo de albañilería y carpintería realizados en la cocina del hogar conyugal; v) Las seis fotografías que acreditan que el demandante recibió en anticipo de legítima únicamente los aires del bien ubicado en la calle Avogadro N° 116 – San Borja; vi) El certificado de fecha dos de julio de mil novecientos noventa y tres, expedido por el Sub Gerente Central de Desarrollo de Personal del Instituto Peruano de

Seguridad Social; vii) La declaración jurada de la suscrita de fecha catorce de junio de mil novecientos noventa y siete; y, viii) Las declaraciones de parte y testimoniales existentes en los autos; y ello a pesar de tratarse de medios probatorios que valorados en su conjunto acreditan fehacientemente que el ahora demandante únicamente recibió en anticipo de legítima los aires de la primera planta del bien ubicado en la calle Avogadro N° 116 – San Borja, pero que la construcción edificada en ellos fue levantada con recursos de la sociedad conyugal, pues ambos cónyuges la laboraban en el Instituto Peruano de Seguridad Social con buenas remuneraciones y, por tanto, tenían acceso a créditos financieros con los que realizaron la construcción;

**b)La infracción normativa del artículo 139inciso 5, de la Constitución Política y los artículos 121, incisos 3 y 4, y 122 del Código Procesal Civil**. Alegando que la sentencia de vista objeto de impugnación ha vulnerado su derecho al debido proceso, en su vertiente de derecho a la motivación, por tres razones esenciales: i) Por no haber expresado ninguna consideración en relación al caudal probatorio antes descrito; ii) Por no haber tenido en cuenta el argumento de defensa por el cual sostuvo que la edificación existente sobre los aires de la primera planta del inmueble ubicado en la calle Avogadro N° 116 – San Borja fue levantada con los recursos de la sociedad conyugal, pues ambos cónyuges se encontraban empleados durante el año 1987 en el Instituto Peruano de Seguridad Social, ganando una remuneración considerable, que les permitió acceder a préstamos de diferentes cooperativas y mutuales, con los cuales se financió la construcción; y, iii) Por no haberse pronunciado sobre la pretensión por la cual el demandante pretendía que la construcción edificada sobre los aires de la primera planta del inmueble ubicado en la calle Avogadro N° 116 – San Borja sea declarada bien propio suyo y, además, haber afectado el principio de limitación del agravio, toda vez que en la apelación del demandante se argumentó que el órgano jurisdiccional no había valorado ciertos medios probatorios y la sentencia de vista ha resuelto indicando que lo solicitado por la recurrente no se puede determinar en este proceso.

## IV. FUNDAMENTOS:

**PRIMERO.-** Ante todo, en materia de casación es factible ejercer el control de las decisiones jurisdiccionales, para determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al debido proceso, tomándose en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio.

**SEGUNDO.-** Que, el recurso de casación tiene como fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el artículo 384 del Código Procesal Civil.

**TERCERO.-** Que, respecto a la causal de infracción normativa, según Monroy Cabra, "Se entiende por causal (de casación) el motivo que establece la ley para la procedencia del recurso..."[1]. A decir de De Pina.- "El recurso de casación ha de fundarse en motivos previamente señalados en la ley. Puede interponerse por infracción de ley o por quebrantamiento de forma. Los motivos de casación por infracción de ley se refieren a la violación en el fallo de leyes que debieran aplicarse al caso, a la falta de congruencia de la resolución judicial con las pretensiones deducidas por las partes, a la falta de competencia etc.; los motivos de la casación por quebrantamiento de forma afectan (….) a infracciones en el procedimiento"[2]. En ese sentido Escobar Forno señala. "Es cierto que todas las causales supone una violación de ley, pero esta violación puede darse en la forma o en el fondo"[3].

**CUARTO.-** Que, el fundamento del recurso de casación invoca hechos que en suma resultarían ser atentatorias al debido proceso, específicamente a la

[1] Monroy Cabra, Marco Gerardo, Principios de Derecho procesal Civil, Segunda edición, Editorial Temis Librería, Bogotá Colombia, 1979, p. 359.
[2] De Pina Rafael, Principios de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Hispano Americanas, México D.F., 1940, p. 222
[3] Escobar Fornos Iván, Introducción al Proceso, Editorial Temis, Bogota, Colombia, 1990, p. 241

correcta motivación de las resoluciones y adecuada valoraciones de los medios probatorios.

**QUINTO.-** En atención a ello, corresponde precisar que, el debido proceso es un derecho complejo, pues está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho -incluyendo el Estado- que pretenda hacer uso abusivo de éstos. Como señala la doctrina procesal y constitucional, "por su naturaleza misma, se trata de un derecho muy complejamente estructurado, que a la vez está conformado por un numeroso grupo de pequeños derechos que constituyen sus componentes o elementos integradores, y que se refieren a las estructuras, características del tribunal o instancias de decisión, al procedimiento que debe seguirse y a sus principios orientadores, y a las garantías con que debe contar la defensa (Faúndez Ledesma, Héctor. "El Derecho a un Juicio Justo". En: Las garantías del debido proceso (Materiales de Enseñanza). Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Embajada Real de los Países Bajos, p, 17). Dicho de otro modo, el derecho al debido proceso constituye un conjunto de garantías de las cuales goza el justiciable, que incluyen, la tutela procesal efectiva, la observancia de los principios o reglas básicas y de la competencia predeterminada por Ley, así como la pluralidad de instancias, la motivación y la logicidad y razonabilidad de las resoluciones, el respecto a los derechos procesales de las partes (derecho de acción, de contradicción) entre otros.

**SEXTO.-** Que, bajo ese contexto dogmático, la causal de la infracción normativa procesal denunciada se configura entre otros supuestos en los casos en los que en el desarrollo del proceso, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento o si la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente a la naturaleza del proceso, en clara trasgresión de la normatividad vigente y de los estadios superlativos del procedimiento.

**SÉTIMO.-** El principio denominado motivación de los fallos judiciales, constituye un valor jurídico que rebasa el interés de los justiciables por cuanto se fundamenta en principios de orden jurídico, pues la declaración del derecho en un caso concreto, es una facultad del Juzgador que por imperio del artículo 138 de la Constitución Política del Estado, impone una exigencia social de que la comunidad sienta como un valor jurídico, denominado, fundamentación o motivación de la sentencia; el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado concordante con el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial e incisos 3 y 4 del artículo 122 y 50 inciso 6 del Código Procesal Civil.

**OCTAVO.-** Que, bajo dicho contexto, la motivación escrita de las resoluciones judiciales constituye un principio y un derecho de la función jurisdiccional, y debe ser el resultado del razonamiento jurídico que efectúa el juzgador sobre la base de los hechos acreditados en el proceso (los que forman convicción sobre la verdad de ellos) y la aplicación del derecho objetivo.

**NOVENO.-** Que, a su vez, el principio precedente de motivación de los fallos judiciales tiene como vicio procesal dos manifestaciones: **1)** La falta de motivación y **2)** La defectuosa motivación, la cual a su vez se divide en tres agravios procesales: **a)** Motivación aparente; **b)**Motivación insuficiente; y **c)** Motivación defectuosa en sentido estricto; en ese sentido y coincidiendo con la doctrina, la motivación aparente se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuadas o en hechos no ocurridos; la motivación insuficiente, que se presenta cuando vulnera el principio de la razón suficiente y la motivación defectuosa propiamente dicha, se presenta cuando el razonamiento del Juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia.

**DECIMO.-** En materia probatoria el derecho a la utilización de los medios de prueba, se encuentra íntimamente conectado con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que entre sus vertientes engloba el derecho a obtener una resolución razonable, motivada y fundada en derecho, además de congruente con las pretensiones deducidas por las partes en el interior del proceso; como también con el derecho de defensa del que es realmente inseparable.

Que, precisamente, regulando éste derecho fundamental, el legislador ha optado por imponer al Juez, en los términos que señala el artículo 197 del Código Procesal Civil, la obligación de valorar en forma conjunta y razonada todos los medios de prueba, dado que, las pruebas en el proceso, sea cual fuera su naturaleza, están mezcladas formando una secuencia integral; por lo que, es responsabilidad del Juzgador reconstruir, en base a los medios probatorios, los hechos que den origen al conflicto, por lo tanto, ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto, toda vez, que sólo teniendo una visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad que es el fin del proceso.

**DECIMO PRIMERO.-** Es del caso señalar que, si bien es cierto en materia casatoria no corresponde a esta Sala Suprema analizar las conclusiones relativas a la valoración de la prueba examinada en instancia, sin embargo es factible el control casatorio tratándose de la infracción de las reglas que regulan la actividad probatoria, entre ellas, las que establecen que el Juez tiene la obligación procesal de valorar todos los medios probatorios en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada conforme lo prevé el artículo 181 del Código Procesal Civil. La doctrina autorizada como la emitida por el autor Marcelo Sebastián Midón[19] refiriéndose al principio de motivación conjunta de los medios probatorios señala *"en el caso del derecho a la prueba, este contenido esencial se integra por las prerrogativas que posee el litigante a que se admitan, produzcan y valores debidamente los medios aportados, al proceso con la finalidad de formar la convicción del órgano judicial acerca de los hechos articulados como fundamentos de su pretensión o de defensa. El derecho a la adecuada valoración de la prueba se exhibe, entonces, como manifestación e ineludible exigencia del derecho fundamental a probar. Si el poder de probar tiene por finalidad producir en el juzgador convicción suficiente sobre la existencia o inexistencia de los hechos litigiosos, este se convertiría, alerta Taruffo, en una garantía ilusoria, en una proclama vacía, si el magistrado no pondera o toma en consideración los resultados obtenidos en la actuación de*

[19]TARUFFO, Michelle citado por Marcelo Sebastián Midón. Derecho Probatorio, Parte General. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, Cuyo, 2007. pp. 167-168.

*los medios probatorio (…) el derecho a probar se resiente, y por consiguiente, también la garantía del debido proceso, si el juzgador prescinde de valorar algún medio probatorio admitido; o lo hace de manera defectuosa, invocando fuentes de los que se extraen las consecuencias aseveradas como fundamento de la sentencia, o atribuyendo valor de la prueba a la que no puede tener ese carácter (sea por desconocimiento de una norma legal que predetermina la valoración de la prueba, o por conceder eficacia a pruebas ilícitas o por violar proposiciones lógicas, u observaciones de la experiencia)"*

**DECIMO SEGUNDO.-** De la revisión de los autos se advierte que la instancia de mérito ha infringido el marco jurídico aquí delimitado, en tanto no ha cumplido con valorar de manera conjunta y razonada todos los medios probatorios, tales como: **a)**El contrato privado de mutuo de fojas setecientos cincuenta y nueve donde ambas partes asumen una deuda por cincuenta mil intis el de fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, en el que se indica que el préstamo es para mejoras de vivienda; **b)** La resolución directoral obrante a fojas setecientos sesenta y tres que autoriza el descuento por planilla por concepto de préstamo de cincuenta mil intis, a la demandada España Edwards Zavaleta; **c)** La demanda ejecutiva obrante a fojas setecientos cincuenta y ocho interpuesta por la mutual Santa Rosa contra ambas partes; **c)** La carta dirigida por la demandada a la Mutual Santa Rosa obrante a fojas setecientos sesenta y cinco; **d)** Los actuados judiciales del proceso de pago de intis seguido por Mutual Santa Rosa contra la demandada, obrantes a fojas setecientos cincuenta y cinco, setecientos cincuenta y seis y setecientos cincuenta y siete; **e)** Las cartas de fojas setecientos sesenta y cinco a setecientos sesenta y siete; **f)**La declaración jurada de fojas setecientos sesenta y nueve; y,**e)** Elpresupuesto para elaboración de repostería de cocina y constancias de recibo de pago por dicho trabajo de fojas setecientos sesenta y ocho y vuelta. Documentos que han sido debidamente admitidos mediante la resolución de fojas setecientos noventa y dos. Asimismo no ha cumplido con valorar de manera integral todas las cláusulas contenidas en el anticipo de legítima contenida en el testimonio de fojas trescientos cuarenta y seis; todo lo cual debe ser valorado de manera conjunta y razonada con las demás pruebas admitidas en el proceso; en tanto resultan relevantes en atención a la alegación

de la parte recurrente y al acontecimiento de los hechos, de los que se debe determinar la fecha del anticipo.

**DECIMO TERCERO.-** El criterio precedentemente expuesto en modo alguno comporta la apreciación positivamente por parte de este Supremo Tribunal de Casación respecto de la nulidad del acto jurídico materia de autos, sino que éste simplemente se limita a sancionar con nulidad las resoluciones que no han eliminado el conflicto sometido a su competencia.

**DECIMO CUARTO.-** Por lo que habiéndose demostrado la incidencia de la infracción normativa debe declararse fundado el recurso, casarse la sentencia de vista la misma que queda nula y ordenarse se emita una nueva decisión, valorando adecuadamente las pruebas admitidas en el proceso acorde a la naturaleza del proceso y el acontecimiento de los hechos.

## V. DECISIÓN:

Esta Sala Suprema, en aplicación de lo señalado por el artículo 396 del Código Procesal Civil; declara:

**a)** **FUNDADO** el recurso de casación de fojas mil doscientos dos, interpuesto por España Edwards Zavaleta, **CASARON** la sentencia de vista de fecha catorce de octubre de dos mil quince, obrante a fojas mil ciento cincuenta y uno.

**b)** **ORDENARON** que la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima expida nueva sentencia, con arreglo a los fundamentos expuestos en esta decisión suprema.

**c)** **DISPUSIERON** la publicación de esta resolución en el diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; y los devolvieron; en los seguidos por Hernán Arturo Salvador Díaz, sobre divorcio por causal de separación de hecho; intervino como Ponente, el Juez Supremo señor **De la Barra Barrera**.-

**SS.**

**TELLO GILARDI**

**DEL CARPIO RODRÍGUEZ**

**RODRÍGUEZ CHÁVEZ**

**CALDERÓN PUERTAS**

**DE LA BARRA BARRERA**

***Marg/Bag***

DIAPOSITIVAS

Se REVOCA la apelada en el extremo que declara patrimonio de la sociedad conyugal la construcción realizada sobre los aires y reformándola, declara IMPROCEDENTE esta pretensión.
APELACION FUNDAMENTO
Acreditado la causal de separación de hecho.
-Se valoró que el primer piso del bien tiene una antigüedad estimada de 23 años, mientras que el segundo piso una antigüedad aproximada de 11 años. Las construcciones realizadas sobre los aires del bien se consolidaron cuando el bien pertenecía a los padres del demandante, cuando todavía no había efectuado la transferencia.
INTRODUCCIÓN
El presente análisis sobre la CASACIÓN N°58-2016-LIMA
trata sobre el tema referente a constituye bien social lo construido sobre un bien propio en un proceso de divorcio por causal de separación de hecho
1. Disuelto el vínculo matrimonial
2. Fin de la sociedad de gananciales
3. Infundada la pretensión de alimentos.
4. Infundada la indemnización por daños y perjuicios.
5. Infundado el divorcio por imposibilidad de hacer vida en común.
6. Declaró bien propio los aires del inmueble
PRIMERA INSTANCIA
FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA Y LA RECONVENCION
CASACIÓN
Acreditado la causal de separación de hecho.
-Se valoró que el primer piso del bien tiene una antigüedad estimada de 23 años, el segundo piso una antigüedad aproximada de 11 años. Las construcciones realizadas sobre los aires del bien se consolidaron cuando el bien pertenecía a los padres del demandante, cuando todavía no había efectuado la transferencia.

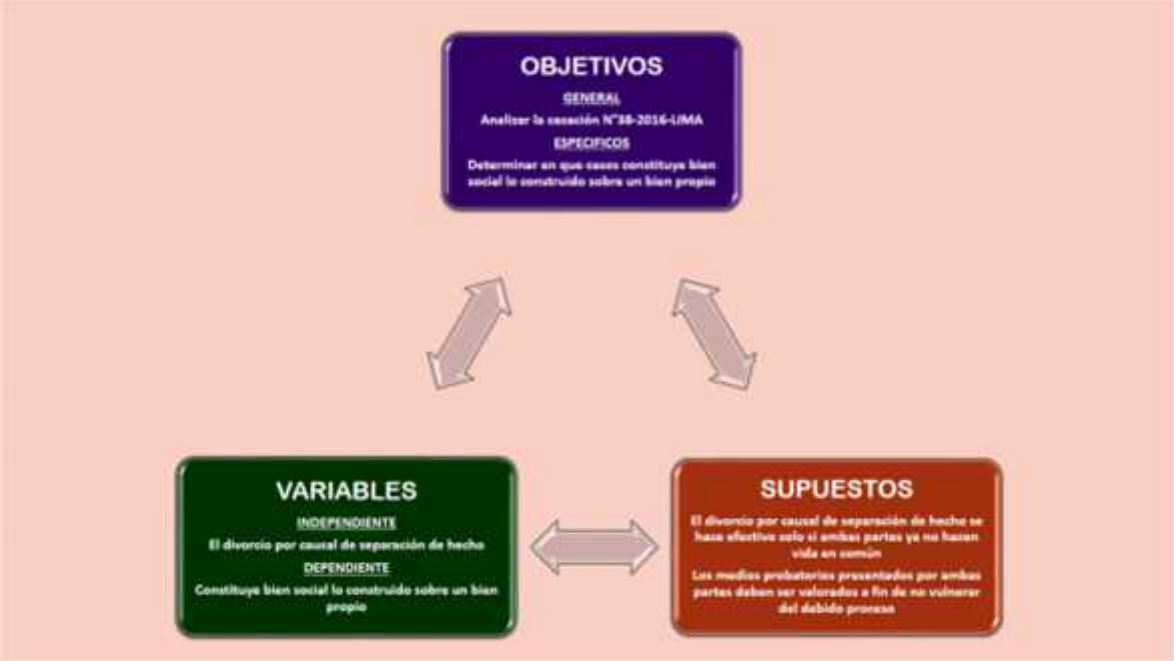
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
Determinar si constituye bien social lo construido sobre un bien propio
ANTECEDENTES
Existe resoluciones judiciales que en tribunales supremos se han pronunciado en jurisprudencia sobre causal de infracción normativa, atentatorios al debido proceso, la motivación de las resoluciones y la valoración de los medios probatorios mencionados.
IMPORTANCIA
Se recomienda al Juez que al momento de hacer sus resoluciones valore las pruebas en su integridad, finalidad, en forma conjunta y razonada, debido que las normas garantizan el derecho al debido proceso, la motivación de las resoluciones y adecuada valoración de los medios probatorios.
RAZONES
Se deja establecido como doctrina jurisprudencial que "Todo bien propio que es construido con recursos de la sociedad conyugal se constituye en bien social"

Antecedentes de Estudio
Casación 2858-2007-Lambayeque, sobre nulidad de acto jurídico y otro, de fecha 12 de Enero del año 2009
Casación 3945-2015- Cusco, divorcio por Causal de Separación de Hecho, de fecha 27 de Septiembre del año 2016
Tercer Pleno Casatorio Civil - CAS. N° 4664-2010 PUNO. Sobre Indemnización en los casos de divorcio por causal de separación de hecho. De fecha 18 de Marzo del 2011
PLACIDO VILCACHAGUA, Alex Fernando (2014), en su investigación titulada "Separación de Hecho: ¿desde cuándo se considera fenecido el régimen de sociedad de gananciales?"
SALVADOR BEJARANO, Collins (2014), en su investigación titulada "Repartición de Bienes Durante el Divorcio"

DEFINICIONES CONCEPTUALES
DIVORCIO
Etimológicamente viene de la voz latina divortum, que a su vez proviene del verbo divertere, que significa "separarse" o irse cada uno por su lado. En sentido amplio, divorcio, significa relajación de la íntima comunidad de vida propia del matrimonio, por ruptura del vínculo conyugal, o por separación de los consortes.
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 de los esposos.
Tiene 3 elementos configurativos y estos son:
OBJETIVO o MATERIAL
SUBJETIVO o PSIQUICO
TEMPORAL
SOCIEDAD DE GANANCIALES
Se le llama sociedad de gananciales a la reunión de aportes del marido y la mujer para formar un nuevo ente o sociedad de bienes gananciales, de bienes comunes, determinados taxativamente en el Código Civil.

BIENES PROPIOS
Aporte antes del matrimonio
Durante el matrimonio, T. oneroso, su causa es antes del Matrimonio
Durante el matrimonio A título gratuito
Indemnización por accidente o seguro de vida, daños personales, enfermedades. Deducidas las primas pagadas
Derechos de autor o inventor
Libros, instrumentos, útiles de profesión o trabajo. Salvo uso de empresa
Acciones y participaciones de sociedades gratuitos
Renta vitalicia a título gratuito. A título oneroso cuando la contraprestación es bien propio
Vestidos y objetos de uso personal Diplomas, condecoraciones, etc.
BIENES SOCIALES
Son bienes sociales TODOS los no comprendidos en el articulo 302.
Frutos y productos de bienes propios.
Rentas de derechos de autor e inventor.
Edificios construidos con caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges.

Por divorcio
Por declaración de ausencia
Por separación de cuerpos
Por muerte de uno de los cónyuges
Por invalidación del matrimonio
FIN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES
Por cambio de régimen patrimonial




## METODOLOGÍA

**TIPO DE INVESTIGACIÓN:**
Descriptivo Explicativo

**DISEÑO:**
No experimental

**MUESTRA:**
Casación N° 38-2016-Lima.

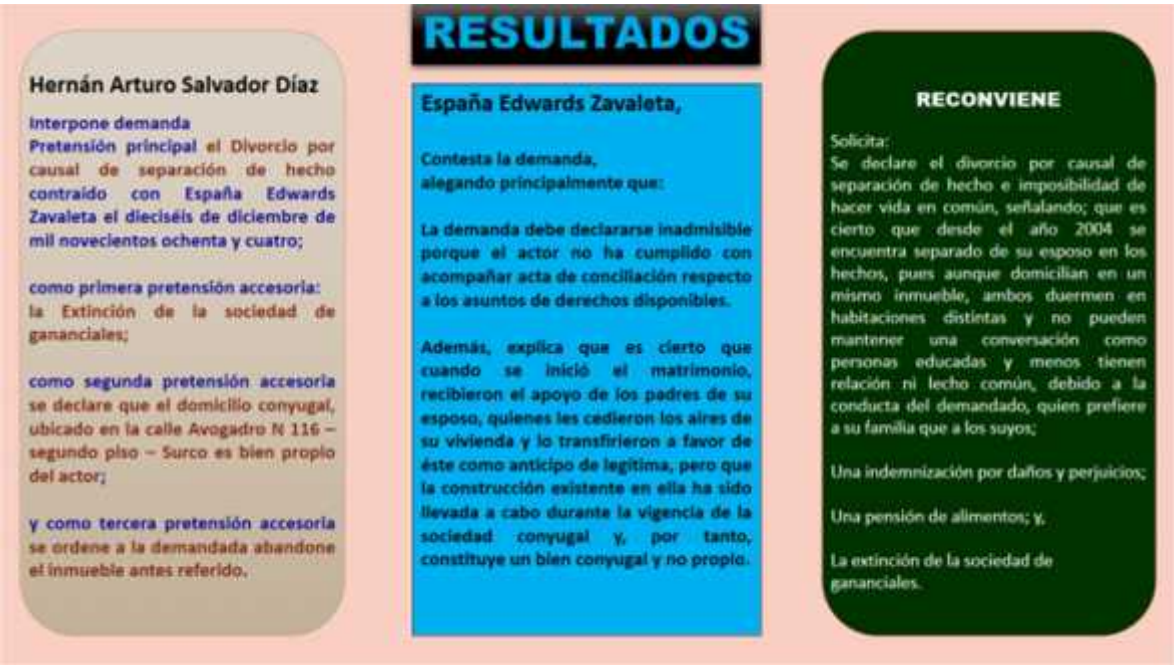
**TECNICAS:**
Análisis Documental

**INSTRUMENTOS:**
Expediente.

## PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

1. El Catedrático responsable del Programa de titulación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCP nos proporcionó la Casación materia de análisis.
2. Luego se realizó el análisis de la Casación N° 38-2016-Lima, desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco del Derecho Civil – Divorcio por causal.
3. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
4. La recolección estuvo a cargo de los autores del método de caso.
5. El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la constitución política del Perú (1993), Código Civil y Código Procesal Civil.
6. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO:
Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo explicativo con respecto a la Casación N° 38-2016-Lima.
PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA:
En todo momento de la ejecución del anteproyecto, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, orden y se tuvo en cuenta la confidencialidad, anonimato y privacidad.


RESULTADOS
Hernán Arturo Salvador Díaz
Interpone demanda
Pretensión principal el Divorcio por causal de separación de hecho contraído con España Edwards Zavaleta el dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro;
como primera pretensión accesoria: la Extinción de la sociedad de gananciales;
como segunda pretensión accesoria se declare que el domicilio conyugal, ubicado en la calle Avogadro N 116 – segundo piso – Surco es bien propio del actor;
y como tercera pretensión accesoria se ordene a la demandada abandone el inmueble antes referido.
España Edwards Zavaleta,
Contesta la demanda, alegando principalmente que:
La demanda debe declararse inadmisible porque el actor no ha cumplido con acompañar acta de conciliación respecto a los asuntos de derechos disponibles.
Además, explica que es cierto que cuando se inició el matrimonio, recibieron el apoyo de los padres de su esposo, quienes les cedieron los aires de su vivienda y lo transfirieron a favor de éste como anticipo de legítima, pero que la construcción existente en ella ha sido llevada a cabo durante la vigencia de la sociedad conyugal y, por tanto, constituye un bien conyugal y no propio.
RECONVIENE
Solicita:
Se declare el divorcio por causal de separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común, señalando; que es cierto que desde el año 2004 se encuentra separado de su esposo en los hechos, pues aunque domicilian en un mismo inmueble, ambos duermen en habitaciones distintas y no pueden mantener una conversación como personas educadas y menos tienen relación ni lecho común, debido a la conducta del demandado, quien prefiere a su familia que a los suyos;
Una indemnización por daños y perjuicios;
Una pensión de alimentos; y,
La extinción de la sociedad de gananciales.

## PRIMERA INSTANCIA

El Juez mediante resolución número 32, de fecha nueve de marzo de dos mil quince, obrante a fojas mil sesenta y siete, declaró fundada en parte la demanda y la reconvención; en consecuencia:
Disuelto el vínculo matrimonial,
Fenecida la sociedad de gananciales,
Infundada la pretensión de alimentos peticionada por la emplazada,
Infundada la indemnización por daños y perjuicios peticionada por la emplazada,
Infundado el divorcio por imposibilidad de hacer vida en común,
Se declara como bien propio de don Hernán Arturo Salvador Díaz los aires (segundo piso) del inmueble ubicado en la calle Avogadro N 116 – San Borja y como patrimonio de la sociedad conyugal la construcción edificada sobre los aires.

## SEGUNDA INSTANCIA

La Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, REVOCÓ LA APELADA en el extremo que declara patrimonio de la sociedad conyugal la construcción realizada sobre los aires (segundo piso) del inmueble ubicado en la calle Avogadro Nº 116 – San Borja y, REFORMÁNDOLA, declara improcedente esta pretensión; confirma la sentencia apelada en lo demás que contiene.
Sustentada en los siguientes fundamentos:
1.En cuanto al divorcio.- Debe confirmarse, dado que en autos se encuentra acreditada la configuración de la causal de separación de hecho.
2.En cuanto al extremo que declara patrimonio de la sociedad conyugal la construcción realizada sobre los aires (segundo piso) del inmueble ubicado en la calle Avogadro Nº 116 – San Borja:

a) El anticipo de legítima resulta eficaz desde el momento en que fue elevado a escritura pública, esto es, desde el 18 Julio 2005, conforme a lo previsto en el artículo 1624 del Código Civil;
b) En consecuencia, se desprende que cuando se efectuó la transferencia de la propiedad, ya se encontraba la edificación terminada, según se desprende del informe de valoración de fecha 31 Julio del 2001 (fojas trescientos treinta y tres), que establece que el primer piso del bien tiene una antigüedad estimada de 20 años, mientras que el segundo piso una antigüedad aproximada de 11 años. Por tanto, se encuentra acreditado que las construcciones que se realizaron sobre los aires del bien se consolidaron cuando el bien pertenecía a los padres del demandante, esto es, cuando todavía no había efectuado la transferencia;
c) En tal sentido, el anticipo de legítima comprendió también la fábrica y, por tanto, no es posible determinar en este proceso de divorcio la condición que se reclama sobre dicha construcción de parte de la demandada, en tanto que pueden vulnerarse derechos de terceros no involucrados en este proceso por las implicancias que trae un anticipo de legítima.

## RECURSO DE CASACION

La reconviniente España Edwards Zavaleta interpone recurso de casación a fojas mil doscientos dos, el mismo que ha sido calificado mediante resolución de fecha quince de abril de dos mil dieciséis, QUE DECLARÓ PROCEDENTE el recurso de casación por las causales:
Infracción normativa del artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política, y de los artículos I del Título Preliminar y 197 del Código Procesal Civil. Respecto de la cual alega que la sentencia de vista objeto de impugnación ha vulnerado su derecho al debido proceso, en su vertiente de derecho a la prueba, debido a que no ha valorado los siguientes medios probatorios:

i) El contrato privado de mutuo con fianza solidaria de fecha veinticuatro de enero de 1988;

ii) El contrato de prestación de servicios de fecha veintinueve de mayo de dos mil tres;

iii) El contrato de albañilería de fecha uno de junio de dos mil tres;

iv) Las boletas de compra de accesorios para trabajo de albañilería y carpintería realizados en la cocina del hogar conyugal;

v) Las seis fotografías que acreditan que el demandante recibió en anticipo de legítima únicamente los aires del bien ubicado en la calle Avogadro N° 116 – San Borja;

vi) El certificado de fecha dos de julio de mil novecientos noventa y tres, expedido por el Sub Gerente Central de Desarrollo de Personal del Instituto Peruano de Seguridad Social;

vii) La declaración jurada de la suscrita de fecha catorce de junio de mil novecientos noventa y siete; y,

viii) Las declaraciones de parte y testimoniales existentes en los autos; y ello a pesar de tratarse de medios probatorios que valorados en su conjunto acreditan fehacientemente que el ahora demandante únicamente recibió en anticipo de legítima los aires de la primera planta del bien ubicado en la calle Avogadro N° 116 – San Borja, pero que la construcción edificada en ellos fue levantada con recursos de la sociedad conyugal, pues ambos cónyuges la laboraban en el Instituto Peruano de Seguridad Social con buenas remuneraciones y, por tanto, tenían acceso a créditos financieros con los que realizaron la construcción;

FUNDAMENTOS DE LA CASACION
Contrato privado de mutuo
Para mejoras de vivienda
Resolución Directoral
descuento por planilla por
concepto de préstamo
Demanda Ejecutiva
interpuesta por la mutual
Santa Rosa
Carta dirigida
por la demandada
contra la mutual Santa
Rosa
Actuados Judiciales, del
proceso de pago de intis
seguidos por la Mutual
Santa Rosa contra la
demandada
CARTAS PERSONALES
DECLARACIÓN
JURADA
El presupuesto para
elaboración de
repostería de cocina y
otros

DECISIÓN
FUNDADO EL RECURSO DE CASACIÓN
El recurso de casación de fojas mil doscientos dos, interpuesto por España Edwards Zavaleta, CASARON la sentencia de vista de fecha catorce de octubre de dos mil quince
ORDENARON
Que la Primera Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima expida nueva sentencia, con arreglo a los fundamentos expuestos en esta decisión suprema.
DISPUSIERON
la publicación de esta resolución en el diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; y los devolvieron; en los seguidos por Hernán Arturo Salvador Díaz, sobre divorcio por causal de separación de hecho; intervino como Ponente, el Juez Supremo señor De la Barra Barrera.

# DISCUSIÓN

En el petitorio de la demanda interpuesta por don Hernán Arturo Salvador Diaz contra España Edwards Zavaleta, planteando como pretensión principal divorcio por causal de separación de hecho, como primera pretensión accesoria extinción de la sociedad de gananciales, como segunda pretensión accesoria se declare que el domicilio conyugal ubicado en Calle Avogadro N° 116 – segundo piso – Distrito de Surco es bien propio del actor, y como tercera pretensión accesoria se ordene a la demandada abandone el inmueble antes mencionado.

La misma que, al ser contestada, la demandada solicita que la misma se declare inadmisible, debido a que el actor no ha cumplido con acompañar el acta de conciliación respectiva, y reconviniendo, solicita que: a) se declare el divorcio por causal de separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común, b) indemnización por daños y perjuicios, c) pensión de alimentos, y d) extinción de la sociedad de gananciales.

## DISCUSIÓN

De esta manera la construcción de un edificio con el caudal social tiene como efecto el cambio de la titularidad del inmueble en su conjunto; no solo lo edificado es de la sociedad de gananciales sino también el suelo convirtiéndose inmediatamente ambos en bien común. No queda claro sin embargo el momento preciso de la mutación de la titularidad: puede sostenerse que ello se produce al finalizar la construcción o cuando ésta configura propiamente una parte integrante. Pero ciertamente el derecho real de uno de los cónyuges sobre el suelo se transforma en alguno de esos momentos en un derecho personal de acreencia frente al patrimonio común de la sociedad de gananciales. Este crédito entendemos solo será exigible al momento del fenecimiento de la sociedad de gananciales.

CONCLUSIONES
SEPARACION DE HECHO: UNA NECESIDAD SOCIAL
VIA DE ESCAPE SIMPLISTA
MOTIVACIÓN Y VALORACION DE LAS PRUEBAS
RECONOCER LOS APORTES DEL OTRO CONYUGE
BIEN SOCIAL VERSUS BIEN PROPIO

RECOMENDACIONES
Debería establecerse como cláusula de dureza dentro de la aplicación de las causales de divorcio que se contemplan en el artículo 333° del Código Civil, especialmente si trata sobre bienes sociales con la finalidad de liquidarlos, es así que para evitar vulnerar los derechos de las partes, el debido proceso, la correcta aplicación de la norma, se deberá valorar todos los medios probatorios ofrecidos.
Que los jueces al momento de admitir la demanda por separación de hecho, solo deberían tomar en cuenta el propio hecho de la separación efectiva o cese de la convivencia; es decir, constatar que la ruptura es definitiva, mas no considerar o evaluar situaciones de menor importancia salvo en casos que tengan bienes que dividir.

MUCHAS
GRACIAS