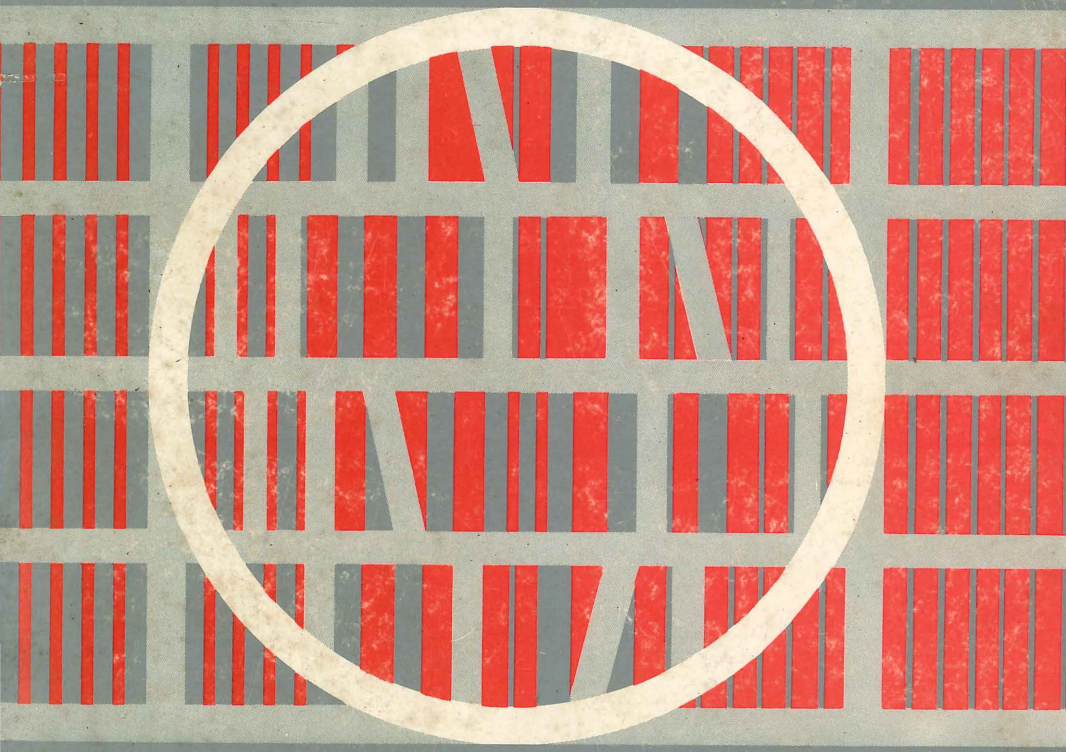
LA SUCESION HEREDITARIA EN LA JURISPRUDENCIA SUPREMA

José León Barandiarán



Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 1980

LA SUCESION HEREDITARIA EN LA JURISPRUDENCIA SUPREMA

José León Barandiarán

Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 1980

PROLOGO

Por sugerencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica del Perú, hemos tratado acerca de comentarios que merecen las ejecutorias producidas en nuestros Tribunales de Justicia, en el ámbito del derecho sucesorio, que, como se sabe, es objeto del libro tercero de nuestro C.C. (art. 657 s).

El mencionado libro no tiene una exposición de motivos, y esto es siempre una dificultad o, para mejor decir, carencia de una facilidad para una labor hermenéutica, pues no se puede utilizar un elemento de trabajo para, en ciertos casos, comprender mejor cuál pudo ser la mens legis *respectiva.*

El método que hemos empleado consiste, en primer lugar, en incluir las ejecutorias mismas, con las aferentes vistas fiscales, así llamadas cuando funcionaba el sistema constituido por el dictamen del Fiscal de la Corte Suprema ante la Sala de ésta ante la cual se encontraba in judicium *la causa pertinente. Tal inserción textual de las ejecutorias, nos parece de utilidad suma, pues permite tener el conocimiento directo de lo juzgado y de cómo se ha juzgado, y de qué modo nosotros hemos apreciado esto último, ya que el comentario correspondiente se refiere, naturalmente, al* quidem judicatis *como aparece de las ejecutorias insertas. Al formularse el comentario de una ejecutoria, se hace referencia a otras emitidas en el mismo sentido (que, por lo demás, también aparecen insertadas) o se la compara con otra u otras ejecutorias de sentido diferente, en cuanto a los pronunciamientos pertinentes* in judicando. *En todo supuesto se procura ponderar los* argumenta decidendi, y *se hace la declaración que nos parece conveniente, sobre que estamos de acuerdo con lo resuelto, o no estamos de acuerdo, exponiendo las razones para ello.*

Las ejecutorias aparecen agrupadas sistemáticamente, obedeciendo en principio a los títulos mismos contenidos en el libro tercero de nuestro C.C. , con sus epígrafes propios. No aparece nada atinente al título tercero de la sección segunda, "de las substituciones", por no haberse encontrado ningún asunto resuelto en esta materia. En relación a cada título tratado, se agrupa, como lo hemos manifestado, las ejecutorias que tienen que ver con el objeto normado en él, y se asigna un número romano a todas ellas así reunidas en base a un título. Cada ejecutoria, comprendida dentro de un determinado título, lleva además del número romano a que acabamos de hacer referencia, un número árabe, que con la fecha de su expedición, identifican la ejecutoria de que se trata. Sólo se ha tomado en cuenta ejecutorias que hayan resuelto cuestiones de derecho sucesorio substantivo, y ellas abarcan las emitidas desde la promulgación del Código vigente hasta el fin del año 1971. Se ha prescindido de ejecutorias que resuelven cuestiones meramente procesales, o de otro orden, tributarias, por ejemplo.

Todo juzgamiento, toda decisión judiciaria, importa una apreciación crítica. Apreciación de hecho y apreciación de normas, vinculándose unos y otras. Kant habló de los conceptos que sin sensaciones son vacíos, y de las sensaciones que sin los conceptos son ciegas. Algo parecido podría decirse de las normas que sin los hechos serían vacías, y de los hechos que sin las normas serían ciegos. Un juzgamiento, una decisión judiciaria representa, repetimos, una apreciación. Aquí opera el criterium iudicis. *Ahora bien: un comentario de juzgamientos, de decisiones judiciarias, es una apreciación de esa apreciación original del juez, que hemos acotado. Esta nueva apreciación, que significa el comentario sobre el cual ahora hablamos, no puede preocuparse de los* facta in judicando, *pues no cae dentro de su razón de ser, puesto que de ellos no puede adquirirse conocimiento directo, a diferencia de lo que ha ocurrido con el juez, que toma conocimiento directamente de tales hechos. De lo que debe preocuparse esta nueva apreciación, que se origina por el comentario de ejecutorias, es de lo concerniente a cómo ha funcionado la aplicación e interpretación* de legum *utilizadas.*

El problema epistemológico de entender éstas, es característico del proceso interpretativo. Y es en inferencia a este proceso que cabe el comentario haciéndose examen crítico de la decisión adoptada, volviendo a recorrer, por su propio esfuerzo, el iter *hermenéutico correspondiente. Es lógico que cuando se presenta el caso de que* in claris non fit interpretatio, *propiamente no se hace comentario, pues sólo basta con citar el caso juzgado de acuerdo necesario, preciso y, digamos, indubitable, con el precepto legal utilizado.*

Concernientemente al estudio de las ejecutorias nacionales sobre derecho sucesorio, a que se contrae el presente libro, nosotros al escribir estas palabras preliminares, pensamos que cuando leamos lo que hemos escrito, seguramente nos sentiremos insatisfechos. Advertiremos deficiencias, insuficiencias, acaso errores de apreciación, porque el asunto requería un más detenido análisis. Así, por ejemplo, desde ahora podemos adelantar que pensamos que hemos debido ser más explícitos en cuanto a la consideración de la vexata quaestio *acerca de cuando se produce la pérdida de la cuota legal uxoria por cuasa de tenencia de gananciales que alcanzan o exceden de esa cuota, y exponer más detenidamente nuestro parecer al particular, que sólo la hemos enunciado muy sucintamente.*

De todos modos, creemos, y ello nos animó a realizar el trabajo que ahora se publica, que podría ser útil el satisfacer el propósito de contribuir, así sea modestamente, a un mejor conocimiento del derecho sucesorio en nuestro medio, en lo que atañe a la praxis *judiciaria. Cabe siempre recordar que como dijera Heck, "el derecho realmente importante para la vida es aquel que se realiza en la sentencia judicial". Y volviendo a nuestra confesión sobre la insatisfacción anotada, podemos, de todas maneras, recordar la advertencia que hacía Gracián, sobre que "siempre fue útil, a más de cuerdo, el recelo, o para prevención de que salgan bien las cosas, o para consuelo cuando salieren mal; que no se le hace de nuevo el desaire de su suerte al que ya lo temía".*

José León Barandiarán.

I

DE LA SUCESION EN GENERAL. DISPOSICIONES GENERALES

R. J. P.– 1971; p. 1260

DECLARATORIA DE HEREDEROS.– A quiénes debe declarar como tales.

I, 1) *La declaratoria de herederos es en favor de los parientes con la vocación correspondiente, que hubieran sobrevivido al causante, aun cuando hubieran fallecido al momento de iniciarse el procedimiento respectivo.*

RESOLUCION SUPREMA

Exp. No. 590/71.– Procede de Junín.

Lima, veintitrés de setiembre de mil novecientos setentiuno.

Vistos; por sus fundamentos pertinentes; y CONSIDERANDO: que de la partida de fojas cuarentidós aparece que doña Fernandina Galván Samaniego sobrevivió a la causante; que no procede dentro del mismo proceso instituirle herederos al causa habiente fallecido a la fecha de la declaratoria porque ello sería desnaturalizar el procedimiento, declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesenticuatro, su fecha cinco de julio del año en curso, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas treintisiete, su fecha dieciséis de febrero del mismo año, declara el fallecimiento intestado de doña Nicolaza Galván Samaniego y como herederos de la misma a sus hermanos, Alejandro, Mariano, Alejandra, Fernanda y Teófila Galván Samaniego; a sus sobrinos Leoncio y Oswaldo Galván Castillo en representación de don Virgilio Galván Samaniego; a doña Donatila, Felícita, Constantino, Herculano, Emilio, Domingo y Víctor Chihuán Galván en representación de doña Hermelinda Galván Samaniego; y a don Germán Maximiliano Yauri Galván en representación de doña Herminia Galván Samaniego; declararon haber nulidad en cuanto confirmando la de primera instancia declara a don Gregorio Lazo Galván y a doña Lucila Jiménez Galván herederos de doña Fernanda Galván Samaniego; reformándola y revocando la segunda en este extremo declararon que éstos no son herederos en representación de la mencionada Fernanda Galván Samaniego; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene y los devolvieron.– CORDOBA.– VELASCO GALLO.– SANTOS.– GALINDO.– NUGENT.– Se publicó conforme a ley.– Fausto Viale Salazar.– Secretario General.

A.J.– 1974; pág. 490
SUCESIONES

I, 2) *Desde la muerte de una persona se trasmiten la propiedad y posesión de los bienes a aquellos que deben recibirlos, debiendo entenderse una acción real sobre un bien del patrimonio hereditario, con todos los herederos y no con la testamentaría o sucesión como persona jurídica.–*

Lima, veinte de setiembre de mil novecientos setentitrés.

Vistos; por los fundamentos pertinentes de la resolución apelada y de la recurrida; y CONSIDERANDO que desde la muerte de una persona se trasmiten la propiedad y la posesión de los bienes a aquellos que deben recibirlos, como define el artículo seiscientos cincuentisiete del Código Civil, que tratándose de una acción real sobre un bien del patrimonio de la Sucesión, debe entenderse ésta con todos los herederos y no con la testamentaría o Sucesión como persona jurídica: declararon NO HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas ochentisiete, su fecha once de julio del año en curso, que confirmando en un extremo y revocando en otro el apelado de fojas cincuentiocho, fechado el tres de mayo del propio año, declara fundada la excepción de inoficiosidad de la demanda, deducida a fojas once por doña Simona Huarcaya viuda de Escribas; con lo demás que contiene en los seguidos por la Sociedad Pública de Beneficencia de Ica; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– BALLON LANDA.– LEON MONTALBAN.– LLOSA RICKETTS.– GARCIA CALDERON.– CHIRINOS ARAICO.– Se publicó conforme a ley.– Fausto D. Viale Salazar, Secretario General.

Cuaderno No. 781 - Año 1973
Procede de Ica.

R. J. P.– 1949; p. 906
DECLARATORIA DE HEREDEROS.

I, 3) *Debe declararse herederos a quienes lo eran en el momento del deceso del causante aunque hubiera fallecido antes de que se abra la declaratoria.*

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 741/948.- Procede del Cuzco.

Señor: Don Esteban Lechuga falleció el 1o. de setiembre de 1914, como aparece de la partida de defunción de fs. 1.- El doctor Rafael Lechuga, sobrino del intestado, ha solicitado se le declare único y universal heredero; y sustanciada la causa, el Juzgado de Primera Instancia, en la sentencia de fs. 62 declaró el fallecimiento intestado de don Esteban Lechuga y que era su único heredero el doctor Rafael Lechuga.

La Corte Superior del Cuzco, a fs. 74 vts., ha confirmado la sentencia apelada en cuanto declara el fallecimiento intestado de don Esteban Lechuga; revocándola en lo demás que contiene y declarando sin lugar la declaratoria solicitada por el Dr. Lechuga, quien ha interpuesto recurso de nulidad.

Aparece de autos, que don Esteban Lechuga falleció, como se ha indicado, en setiembre de 1914, sobreviviéndole dos hermanos llamados Vicente y Susana Lechuga, quienes fallecieron en 3 de octubre de 1919 y 13 de marzo de 1931, respectivamente, como consta de las partidas de fs. 24 y 25. El recurrente doctor Rafael Lechuga es hijo de don Vicente.

De lo expuesto resulta que, aunque no se hayan presentado otros solicitantes o pretendientes a la herencia de don Esteban Lechuga, éste a su muerte dejó como herederos a sus hermanos nombrados, quienes serían los herederos legales, y no el doctor Lechuga. De aceptarse el procedimiento iniciado por éste, se tendría en el fondo una doble declaración de herederos, pues habría que declarar a don Vicente heredero de don Esteban y al doctor Lechuga, heredero de don Vivente.

Por las razones que contiene la recurrida y las consignadas en los dictámenes del Agente Fiscal de fs. 27 y del Fiscal interino de fs. 73, opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la misma.

Lima, 18 de octubre de 1949.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiséis de octubre de mil novecientos cuarentinueve.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal declaran

NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas setenticuatro vuelta, su fecha diecinueve de abril del año próximo pasado, por la que se confirma en una parte y revoca en otra la de primera instancia de fojas sesentidós, su fecha dieciocho de octubre de mil novecientos cuarentisiete, y declara el fallecimiento intestado de don Esteban Lechuga Ormochea, solicitado a fojas 2 por el doctor Rafael Lechuga, con lo demás que contiene: Condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y lo devolvieron.

Valdivia.— Fuentes Aragón.— Cox, Pinto.— León y León.

Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García, Secretario.

R.J.P.— 1957; p. 204

HERENCIA DEL CONYUGE.— Código Civil de 1852.

I, 4) *Los derechos a la herencia de quien hubiera fallecido antes de la vigencia del Código Civil de 1936 se rigen por el de 1852. Según este Cuerpo de Leyes el cónyuge sobreviviente sólo tenía derecho a la cuarta conyugal y en consecuencia no podía ser declarada heredera de su esposo.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 700/55.— Procede de La Libertad.

Señor:

Doña Obdulia Vílchez Barriga inicia ante el juez de Trujillo, el procedimiento no contencioso de declaratoria de herederos de su madre doña María Julia Barriga Torcuato, fallecida en Chocope el 27 de julio de 1924, según partida de defunción, acompañada a la demanda. Llenados los trámites y hechas las publicaciones del caso, los pretendientes exhiben la instrumental que les respecta, para el efecto de acreditar sus derechos sucesorios. El juez expide la resolución de fs. 18, declarando el fallecimiento intestado de la causante y como sus herederos a su cónyuge sobreviviente don Erasmo Vílchez León y sus hijos Obdulia y Fortunato Vílchez por haber probado su derecho con la documental de fs. 2, 9, 10, 15 y 16. Al ser apelada por uno de los pretendientes, que se opone a que el viudo sea declarado heredero, la sala en lo civil, a fs. 27, la revoca en la parte relativa al cónyuge, como heredero, y

la confirma, en lo demás. El preterido usa del recurso de nulidad.

Realizado el matrimonio, en el que se apoya su pretensión el cónyuge supérstite, cuando estuvo en vigencia el C.C. de 1852; y ocurrido el deceso antes de la promulgación del nuevo, los derechos a la herencia tienen que regirse forzosamente con sujeción a lo dispuesto por el art. 1830 del vigente, esto es, que la herencia de los fallecidos antes del año de 1936 se sujetará a las disposiciones pertinentes del Código derogado; y conforme a ellas, el esposo sobreviviente no podía heredar sino la cuarta conyugal. En tal virtud, la revocatoria está en lo justo y debe producir sus efectos legales.

Estoy, en consecuencia, por la NO NULIDAD.

Lima, 1o. de setiembre de 1955.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de noviembre de mil novecientos cincuentiséis.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas veintisiete, su fecha veintiocho de mayo de mil novecientos cincuenticinco que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas diecisiete, su fecha veintiuno de enero de mil novecientos cincuenticuatro, declara que son deros de doña María Julia Barriga Torcuato sus hijos doña Obdulia y don Fortunato Vílchez Barriga; con lo demás que contiene condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— EGUIGUREN.— BUSTAMANTE CISNEROS.— GARMENDIA.— ALVA.— TELLO VELEZ.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha, Secretario.

R. de los T.— 1942; p. 484.

I, 5) *Los herederos no pueden reivindicar la herencia renunciada por su causante.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Victoria de los Ríos Arévalo, falleció intestada en octubre de 1924 y fue declarada su heredera su hermana materna doña Petronila de los Ríos Arévalo por auto de 15 de enero de 1925. Pocos meses después en mayo siguiente, don Roque Ríos A.,, don Augusto Ríos a., don Isidro Ríos y don Eudoro Ríos A., sin haber obtenido el título de herederos de doña Victoria, hacen por escritura pública, renuncia de la herencia dejada por ésta y declara que no han querido ni quieren reclamar el derecho que les corresponde como hermanos de la intestada.

Los hijos y herederos de don Eudoro Ríos Arévalo han demandado en 1933 a Doña Petronila Ríos Arévalo y a doña Josefina Risco viuda de Ponce la reivindicación de la parte que les corresponde en las fincas dejadas por su nombrada tía doña Victoria.

Aunque don Eudoro Ríos no ha sido declarado heredero, no ha estado impedido para declarar que no ha querido ni quiere reclamar derecho alguno en la sucesión de su hermana, declaración que ha producido efecto definitivo en razón del trascurso de más de 5 años hasta su fallecimiento, dando lugar a que quede ejecutoriada la condición de doña Petronila de única heredera de doña Victoria, la que don Eudoro no ha contradicho oportunamente. Los hijos de éste no tienen mejor derecho que su padre.

Si la escritura de mayo se ha de apreciar como renuncia de la herencia, debe tenerse en cuanta que conforme al art. 750 del C. C. entonces vigente, nunca puede el heredero ser obligado a aceptarla.

NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida por doña Carmen Valderrama.

Lima, mayo 24 de 1941.

Araujo Alvarez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, agosto 19 de 1941

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal:declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 171, su fecha 23 de agosto de 1939, que confirmando la de primera Instancia de fs.

114, su fecha 17 de setiembre de 1935, declara infundada la demanda interpuesta a fs. 1 por doña Carmen Valderrama; con lo demás que contiene condenaron en la multa de 200 soles y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— BARRETO — VALDIVIA — BALLON — PASTOR - GARCIA MALDONADO — Se publicó conforme a ley.- M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 608 — Año 1940

Procede de La Libertad

R.J.P. — 1950; p. 178

HERENCIA.— Reivindicación de herencia.— Prescripción

I,6) *1) El hijo tiene preferencia a suceder a su padre, antes que el sobrino, por lo cual es fundada la acción reivindicatoria de herencia promovida por aquel contra éste, que fue declarado heredero.*

2) Dada la naturaleza de la acción reivindicatoria de herencia el término de la prescripción comienza a correr, no desde la fecha del fallecimiento del causante sino desde que el heredero declarado tomó posesión de los bienes o fue instituido como tal.

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 678/949. Procede de Arequipa.

Señor: Don Buenaventura Zúñiga falleció sin otorgar testamento, siendo declarado como su único y universal heredero su sobrino don José María Zúñiga Quintana, por auto de 13 de mayo de 1935, que en copia corre a fs. 27 del procedimiento iniciado por don Víctor Zuñiga Cuéllar que se tiene a la vista. En este procedimiento, el precitado don Víctor Zúñiga Cuéllar, en su condición de hijo de don Buenaventura solicitó la declaración de sus herederos siendo declarado como tal por la Corte Superior por auto de fs. 25 vta. pero en mérito de la copia de fs. 27 de que se ha hecho mención la Corte Suprema, por Ejecutoria de 5 de mayo de 1945 declaró nulo lo actuado.

A fs. 3 de estos autos don Víctor Zúñiga Cuéllar, mediante su

apoderada, ha demandado a don José María Zúñiga Quintana para que se declare la nulidad de la declaratoria hecha a favor del demandado, se le declare heredero de su padre, y se reivindique a su favor los bienes causados por éste. A fs. 29, se contestó la demanda, negándola; y sustanciada la causa, el Juzgado de Primera Instancia, en la sentencia de fs. 84 declaró fundada la prescripción deducida por el demandado a la acción reivindicatoria y sin lugar la nulidad de la declaratoria de herederos. La Corte Superior, a fs. 103 vta., ha revocado la apelada, declarando improcedente la prescripción y fundada la prescripción de herencia, debiendo el demandado restituir al actor los bienes que recibió, sin frutos; e improcedente la demanda en cuanto persigue la nulidad de la declaratoria de herederos.

El demandado ha interpuesto recurso de nulidad.

Considero que la sentencia recurrida está arreglada a ley. Los documentos públicos que obran en el expediente sobre declaratoria de herederos. cuyo procedimiento fue anulado, convencen de que el actor es hijo de don Buenaventura Zúñiga y por consiguiente tiene preferencia a suceder a su padre antes que el sobrino declarado heredero.

Ahora en cuanto a la prescripción deducida, también estoy de acuerdo con la Corte, que el término comienza a correr no desde la fecha del fallecimiento del causante, sino, dada la naturaleza de la acción reivindicatoria de herencia, desde que el heredero declarado tomó posesión de ella o fue instituido como tal. En el caso de autos, el demandado hace emanar su derecho del auto pronunciado en mayo de 1935. Desde esta fecha, hasta aquella en que se interpuso la demanda no ha corrido el término de la prescripción.

Opino, por consiguiente, que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima. 24 de octubre de 1949

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diez de noviembre de mil novecientos cuarentinueve

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento tres

vuelta, su fecha catorce de mayo del presente año, por la que se revoca la de primera instancia de fojas ochenticuatro, su fecha tres de noviembre del año próximo pasado y declara fundada la demanda de petición de herencia interpuesta a fojas tres por el apoderado de don Víctor M. Zúñiga contra don José M. Zúñiga, con lo demás que contiene, sin costas; y los devolvieron.

Valdivia — Fuentes Aragón — Cox — Pinto — León y León.

Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García, Secretario.

R.J.P. 1971; p. 629

JURISPRUDENCIA

I — DE LA CORTE SUPREMA

A — EN LO CIVIL

PRESCRIPCION.— Restitución de herencia.— Acción petitoria.— Nulidad de actuados.— Informe pericial.

I,7) *1.— La restitución de herencia importa una acción reivindicatoria cuando se dirige a un tercer adquiriente a título particular. Si se interpone contra un coheredero es una acción petitoria de herencia.*

2.— La nulidad de actuados invalida los informes periciales producidos, teniéndose como no presentados, de tal modo que no basta reproducirlos y ratificarse en ellos para que se consideren como prueba.

3.— No procede contradecir la filiación legítima de quien es designado por su presunto padre, en su testamento, con su apellido y el de su esposa y además ha gozado de la posesión constante de hijo y fue inscrito en los Registros Civiles por el testador como tal.

RESOLUCION SUPREMA

Exp. No. 45/71.— Procede de Lima

Lima, catorce de mayo de mil novecientos setentiuno.

Vistos; por sus fundamentos pertinentes; y CONSIDERANDO que por resolución de fojas sesentisiete se declaró nulo todo lo actuado desde fojas cincuenticuatro vuelta, nulidad en la que están incursos los informes de fojas

sesentidós y sesentitrés, motivo por el que la resolución en referencia designó nuevamente los mismos peritos médicos para que emitieran informe previa aceptación y juramento del cargo; que no obstante de haber quedado invalidado así, los referidos informes a fojas noventiocho los peritos médicos los reproducen y se ratifican en ellos; que, sin embargo, la sentencia apelada se apoya en el mérito de tales informes, a los que impropiamente califica de peritaje médico; que debe tenerse presente el hecho de haber sido el propio padre el que solicitara judicialmente la inscripción del nacimiento del demandado como hijo legítimo; que no aparece acreditado en autos la afirmación de los actores de haber existido simulación, coacción, o implantación para instituir un "heredero artificial", con la finalidad de privarlos de sus derechos hereditarios como hermanos de doña Constanza Iturregui Viuda de Vivar, unos, y como hijos de don Víctor E. Vivar, los otros; que la respuesta dada por el demandado a la tercera pregunta corriente a fojas setenta vuelta, no constituye prueba contra el confesante, desde que de acuerdo con el artículo trescientos ochenta del Código de Procedimientos Civiles, el mérito de la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante, sino en el caso de comprender hechos diversos independientes entre sí, o cuando el colitigante demuestra la falsedad de una parte de lo declarado, lo que no sucede en el caso de autos; que, en puridad, la restitucion de la herencia que se pretende no importa una acción reivindicatoria propiamente dicha, ya que no se acciona contra un tercer adquiriente a título particular, sino de una acción petitoria de herencia dirigida contra un coheredero, que, en tanto la acción reivindicatoria, considerada como acción real por el artículo seiscientos sesentidós del Código Civil, prescribe a los veinte años, la acción petitoria de herencia es imprescriptible de acuerdo con lo dispuesto por el artículo seiscientos sesentitrés del mismo Código dado que se trata de coherederos que tienen la condición de condóminos, que, aún en el supuesto caso de que se admitiese la nulidad de la partida de nacimiento, resultaría improcedente el extremo de la demanda encaminado a obtener la devolución de los frutos por tratarse de una posesión de buena fe; que aún cuando el testamento ológrafo no tuvo como finalidad específica la de reconocer a los hijos de don Víctor E. Vivar, la designación del demandado con sus apellidos paterno y materno contribuye a corroborar su condición de hijo legítimo del mismo y de doña Constanza Iturregui de Vivar; que al pedirse la nulidad de la partida de nacimiento de don Víctor Hugo Vivar

Iturregui, lo que se pretende propiamente, por vía indirecta, es desconocer la filiación de aquél para privarlo de la herencia; que está suficientemente probado que el demandado tuvo el estado constante de hijo, circunstancia que va unida al título del Registro del Estado Civil que, a solicitud del padre, fue inscrito por mandato judicial, por lo que es de fiel aplicación lo establecido por el artículo trescientos trece del Código Civil, no pudiendo, en consecuencia, contestar aquella calidad persona alguna, ni el mismo hijo: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento noventiocho, su fecha veintitrés de noviembre del año próximo pasado en la parte que confirmando la de primera Instancia de fojas ciento cincuentitrés, fechada el veintisiete de agosto del mismo año, declara fundadas las acciones de nulidad de partida de nacimiento y de la resolución de declaratoria de herederos de doña Constanza Iturregui de Vivar y fundada también la acción de reivindicación de herencia; reformando la primera y revocando la segunda, en estos extremos, declararon infundadas las precitadas acciones; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; en los seguidos por Luis Iturregui Toral y otros con don Víctor Hugo Vivar Iturregui; y los devolvieron.– NUÑEZ VALDIVIA – BALLON – LANDA – GALINDO – LLOSA RICKETTS – GARCIA CALDERON – Se publicó conforme a ley.– Fausto Viale Salazar – Secretario General.

R. J. P.– 1970; p. 713

MATRIMONIO RELIGIOSO IN EXTREMIS.– Adquisición prescriptiva de la herencia. Improcedencia de la acción petitoria.

I, 8) *1.– Los defectos formales de un proceso no deben ser motivo de nulidad del mismo, si no son de tal gravedad que invaliden todo lo actuado, desde que el principal interés de la administración de justicia es que no se aplace la definición de los litigios.*

2.– No es de competencia de la jurisdicción común el conocimiento de las acciones de nulidad de los matrimonios religiosos in-extremis.

3.– La ley no autoriza la adquisición de herencia por prescripción.

RESOLUCION SUPREMA

Exp. No. 183-69.– Procede de La Libertad

Lima, cuatro de mayo de mil novecientos setenta.

Vistos; por sus fundamentos pertinentes; y CONSIDERANDO: Que, doña Palmira Portilla de Tello no ha recurrido de la sentencia de fojas quinientos cuarenticinco en cuanto desestima sus pretensiones; que, los defectos formales de que adolecen las causas acumuladas y las sentencias inferiores no acarrean su invalidez tanto por la propia índole de los mismos, cuanto por el prevalente interés público dirigido a evitar mayores aplazamientos en la definición de los litigios; que, del contexto de la partida de matrimonio inextremis celebrado el veintiuno de marzo de mil novecientos treintiséis por don José Isabel Portilla Díaz con doña Betzabé Rodríguez Vela se desprende su evidente carácter religioso y, por lo tanto, su carencia de efectos civiles en virtud de las leyes anteriores que consagraron la obligatoriedad del matrimonio civil estableciendo los requisitos, presupuestos y forma del matrimonio de urgencia; que, no incumbe a la jurisdicción común conocer sobre las acciones anulatorias del matrimonio sacramental, ni del acta de su celebración; que, de otro lado, la ley no autoriza la adquisición de la herencia por prescripción, por lo que es inadmisible la excepción prescriptoria deducida en segunda instancia con ese fin; que, don José Miguel Portilla Rodríguez, como su madre y hermanos, han ejercitado la acción sobre reivindicación de herencia en nombre y derecho propio, por lo que carece de virtualidad legal la excepción de falta de personería deducida por su contraria; que, en cambio, es evidente que las mencionadas personas no tuvieron ni tienen calidad jurídica para solicitar la facción de inventarios ni derecho substancial e interés para litigar sobre la propiedad de los bienes inventariados o para responder la excepción de prescripción adquisitiva de los mismos (artículo cuarto del Título Preliminar del Código Civil), declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de la foja arriba citada, su fecha catorce de enero del año próximo pasado, en la parte que revocando a la de primera instancia de fojas trescientos noventicuatro, su fecha diecisiete de julio del año anterior, declara fundada la acción reconvencional y su ampliatoria interpuesta por

doña Palmira Portilla sobre nulidad de matrimonio de don José Isabel Portilla y doña Betzabé Rodríguez y del acta que lo contiene, fundada, igualmente, la excepción de falta de personería, inadmisible la de cosa juzgada de su referencia y fundadas la acción de exclusión y la excepción de prescripción de dominio deducidas por la propia doña Palmira; reformándola en los precitados aspectos: confirmaron la apelada que declara infundadas dicha acción, reconvención, ampliación y excepción; entendiéndose que tal declaración comporta la de improcedencia en cuanto a la acción de exclusión y prescripción de dominio últimamente citadas declararon HABER NULIDAD en cuanto declara sin objeto la excepción prescriptoria deducida en segunda instancia, la que igualmente la declararon improcedente; declararon NO HABER NULIDAD en todo lo demás que contiene, sin costas; y los devolvieron.– PONCE MENDOZA – ALZAMORA VALDEZ – LEON MONTALBAN – LLOSA RICKETTS – GARCIA CALDERON – Se publicó conforme a ley.– Ricardo La Hoz Lora, Secretario General.

ANALES JUDICIALES.– 1963, p. 12

I, 9) *La acción de petición de herencia es distinta de la de contradicción que reconoce el art. 1084 del C. de P.C. y la resolución recaída en el procedimiento no contencioso sobre declaratoria de herederos, no puede oponerse como cosa juzgada al que ejercita la de petición de herencia, aún en el caso que se ejercitase después de los seis meses en que caduca la de contradicción.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Por resolución de 17 de noviembre de 1953, se declaró herederos legales de don Juan Crisóstomo Guerrero Bruno, fallecido el 6 de octubre del mismo año, a sus tres hijas legítimas doña Gaudencia Emilia, doña Ana Graciela y doña Amelia Teodora Guerrero Descailleaux, en concurrencia con la cónyuge sobreviviente doña Sara Descailleaux viuda de Guerrero y con sus cuatro hijos ilegítimos doña María Sila, doña Rosa Elena, doña María Angélica y don Germán Guerrero Barnachea, dejando expresamente a salvo el derecho de doña María Alejandrina Guerrero Barnachea para que lo haga valer con arreglo a ley.

El 23 del mismo mes de noviembre de 1953, doña María Alejandrina Guerrero Barnachea interpuso demanda contra los herederos al principio nombrados para que se declare la paternidad ilegítima. El juicio terminó con la Ejecutoria Suprema de 17 de abril de 1958 que declara que doña María Alejandrina Guerrero Barnachea es hija ilegítima de don Juan C. Guerrero Bruno.

Premunida del título que le reconoce esta sentencia, la misma doña María Alejandrina Guerrero Barnachea se presenta el 30 de junio de 1958 ejercitando acción petitoria para que se declare que también es heredera del causante. Los hermanos Guerrero Barnachea convienen en la demanda; pero la viuda e hijos legítimos niegan los fundamentos de la acción manifestando que la actora no es hija del causante ni tiene partida de nacimiento que la identifique, y deducen excepción de extemporaneidad, expresando que la demanda es extemporánea por implicar una contradicción planteada después de vencido el término de 6 meses señalado por el artículo 1084 del Código de Procedimientos Civiles o sea cuando ya había adquirido; fuerza de ejecutar el auto sobre declaratoria de herederos ab-intestato expedido 5 años antes de la demanda.

El 13 de enero del presente año de 1962, el Juzgado de Huacho expide la sentencia de fojas 109 vuelta, por la que declara fundada la demanda y que dicha demandante es también heredera de don Juan Guerrero Bruno, como hija ilegítima, en concurrencia con los herederos declarados en el expediente respectivo en la proporción que determinan los artículos 762 y 765 del Código Civil y que son infundadas las excepciones de extemporaneidad y prescripción deducidas a fojas 6 y fojas 62.

A fojas 126 y con fecha 1o. de junio último, la Corte Superior del Callao, revocando la apelada, declara inadmisibles la demanda y la excepción de extemporaneidad e insubsistente la misma sentencia en cuanto resuelve como excepción la prescripción alegada como simple argumento de defensa, destinada a reforzar el fundamento de la excepción de extemporaneidad concretamente propuesta.

Se funda esta revocatoria, primero, en que el auto expedido en el procedimiento no contencioso sobre declaratoria de herederos ha pasado en autoridad de cosa juzgada adquiriendo efectos irrevocables por no haberse iniciado el correspondiente juicio contradictorio dentro del término de 6 meses que señala el artículo 1084 del Código de Procedimientos Civiles; segundo, en que la excepción de extemporaneidad no está admitida en

nuestra ley procesal y, tercero, en que a fojas 62 no se ha deducido concretamente excepción de prescripción sino que simplemente se habla de ella como un medio de reforzar la excepción de extemporaneidad.

Doña María Alejandrina Guerrero Barnachea no fue parte en el procedimiento sobre declaratoria de herederos, seguido sin su citación, en el que no se apersonó invocando su vocación hereditaria.— No hay cosa juzgada sin la concurrencia de las tres identidades de cosas, persona y acción copulativamente exigidas por el artículo 317 del Código de Procedimientos Civiles, puesto que dicho procedimiento no se identifica con la acción petitoria de herencia ejercitada en el presente juicio. La ejecutoria Suprema de 13 de julio de 1928, inserta en la página 87 de los Anales Judiciales, estableció que "La acción de petición de herencia es distinta de la (de contradicción) que reconoce el artículo 1084 del Código de Procedimientos Civiles, y la resolución recaída en el procedimiento no contencioso sobre declaratoria de herederos, no puede oponerse como cosa juzgada al que ejercita la de petición de herencia, aún en el caso de que se ejercitase después de los seis meses en que caduca la de contradicción."

La partida de nacimiento de la demandante corre a fojas 108. Su vocación hereditaria está plenamente acreditada con la sentencia declarativa de paternidad, que le sirve de título para concurrir a la herencia conforme al artículo 772 del Código Civil, en la proporción que señalan los artículos 762 y 765 del mismo Código. No hay cosa juzgada y su derecho no ha prescrito, porque, según el artículo 662 del propio Código, la reivindicación de la herencia procede siempre que se deduzca dentro del plazo de 20 años fijado en el artículo 1168 para la prescripción de la acción real y porque, con el artículo 663 del acotado, la acción, cuando el demandante alegue el derecho de concurrir a la herencia con el poseedor, se regirá por lo dispuesto en el artículo 901, que la declara imprescriptible.

Por estas razones, este Ministerio estima que la sentencia de primera instancia está arreglada a ley en cuanto declara fundada la demanda y que doña María Alejandrina Guerrero Barnachea es también heredera de don Juan Guerrero Bruno, como hija ilegítima, en concurrencia con los herederos declarados en el expediente respectivo. En consecuencia HAY NULIDAD en la revocatoria de segunda instancia en la parte que declara inadmisible la demanda. NO HAY NULIDAD en cuanto desestima la excepción de extemporaneidad y declara insubsistente la misma sentencia en cuanto

resuelve una excepción de prescripción que no ha sido deducida por los demandados.

Lima, 25 de setiembre de 1962.

Velarde ALVAREZ

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintinueve de marzo de mil novecientos sesentitrés.

Vistos; de conformidad con el dictamen del seños Fiscal; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento veintiocho, su fecha primero de junio de mil novecientos sesentidós, en cuanto revocando la apelada de fojas ciento nueve vuelta, su fecha trece de enero del mismo año, declara inadmisible la demanda de petición de herencia interpuesta a fojas una por doña María Alejandrina Guerrero B. contra doña Sara Descailleaux y otros, reformándola en este extremo; confirmaron la de primera instancia que declara fundada dicha demanda; y en consecuencia, que la actora es también heredera de don Juan Guerrero Bruno en su condición de hija ilegítima, en concurrencia con los herederos que se indica en la proporción que determinan los artículos setecientos sesentidós y setecientos sesenticinco del Código Civil; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.— MAGUIÑA SUERO — GARMENDIA — TELLO VELEZ — GARCIA RADA — VIVANCO MUJICA — Se publicó conforme a ley.— Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Exp. 467/62.— Procede del Callao.

R.J.P.— 1959; p. 663

PETICION DE HERENCIA.— Acumulación de acciones.— Hijos adulterinos.

I,10) *Para que proceda la petición de herencia es preciso que quien interpone la acción tenga la condición de heredero, declarada ya sea judicialmente o en testamdento. De acuerdo con el Código Civil de 1852 no procedía el reconocimiento de la paternidad de hijo adulterino.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1044/58.— Procede de Junín

Señor:

Doña Rosa Aguila Santillán interpone demanda en contra de don Wladimiro, don Tomás y doña Tomasa Santillán, declarados herederos de don Wenceslao Santillán , a fin de que le declare también heredera y se le entregue la parte proporcional de los bienes dejados por éste. Indica que en el procedimiento de declaratoria de herederos de don Wenceslao Santillán, se declaró como tales únicamente a los demandados y no a la actora quien alega ser hija ilegítima reconocida del causante. Apoya su acción en los arts. 662, 663, 902, 760 y 772 del C.:C.

Corrido traslado de la demanda, los demandados la contestan mediante su apoderado Dr. A. Sobrevilla Pacheco negándola en todas sus partes.

Abierto a prueba el juicio se ha actuado los medios probatorios ofrecidos por las partes y, vencido el término, el Juez pronuncia sentencia, que corre a fs. 93 v. que declara fundada la demanda y a la actora, heredera de don Wenceslao Santillán, en concurrencia con los demandados, disponiendo que estos le entreguen la parte correspondiente de los bienes dejados por el causante.

Apelado el fallo por los demandados éstos deducen la excepción de cosa juzgada. La Corte Superior de Junín revoca la apelada por considerar que la actora es hija adulterina de don Wenceslao Santillán, no pudiendo existir legal reconocimiento por prohibirlo el C.C. de 1852, dentro de cuya vigencia nació la actora, falleció el causante y se abrio la sucesión del mismo produciéndose la declaratoria de herederos y por haberse declara infundada la excepción de cosa juzgada, los demandados interponen recurso de nulidad, a la vez que la actora en cuanto se refiere a la pertinente parte del fallo.

El Juez para declarar fundada la demanda, meritúa la partida de bautizo y acta de reconocimiento que en copia certificada corre a fs. 59, otorgando pleno valor a ambos instrumentos. Pero no observa, como lo hace después la Corte de Junín, las serias discrepancias existentes entre la partida y la declaración. En efecto, en la partida, inscrita en la Parroquia de Colcabamba el 13 de enero de 1914, se dice que se bautizó a la criatura Aquila Rosa. DE OCHO DIAS DE NACIDA, hija natural de Wenceslao Santillán y Emilio

Córdova esto es, que el nacimiento ocurrió el 5 de enero de 1914. Empero en la declaración sentada al pie de la partida, con fecha 19 de abril del mismo año 1914, se indica que don Wenceslao Santillán reconoce como su hija legítima a la menor Aquila Rosa, habida en sus relaciones extramatrimoniales con doña Emilia Córdova, y nacida el 5 de marzo de 1911.

La razón de esta discrepancia obedece, seguramente al propósito del causante de otorgar derecho de hija natural a la demandante, haciendo aparecer que ésta nació con anterioridad al matrimonio que aquel contrajo en octubre de 1911 (copia certificada de fs. 80) no obstante que por su situación de casado, cuando nació la menor, no podía reconocerla por ser adulterina.

Por lo tanto, carece de eficacia legal este acto declarativo.

Por otro lado, para que proceda la petición de herencia, es preciso que quien interpone la acción, tenga la condición de heredero. No puede ventilarse dentro de la litis la pretensión de ser declarado heredero. Debe preexistir la declaración testamentaria o legal de heredero.

La actora. en el caso de autos, demanda se le declare heredera, lo que debió ser materia en el procedimiento de intestado o del juicio contradictorio de la sentencia recaída en aquel procedimiento; y habría prescrito la acción por lo que no cabría obtener tal declaración dentro de este juicio. Por tanto es improcedente este aspecto de la demanda. En cuanto a la participación en los bienes sucesorios, no estando establecida la calidad de heredera de la actora, no procede tampoco tal aspecto de la demanda. Finalmente, respecto a la excepción de cosa juzgada, es infundada por no concurrir las identidades exigidas por la ley procesal.

En consecuencia procede declararse NO HABER NULIDAD en la recurrida.

Lima, 25 de diciembre de 1958

Febres

RESOLUCION SUPREMA

Lima, seis de abril de mil novecientos cincuentinueve.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento treintiocho, su

fecha veintiséis de julio de mil novecientos cincuentiocho que revocando la apelada de fojas noventicuatro, su fecha cuatro de setiembre del mismo año declara infundada la demanda, de petición de herencia interpuesta a fojas una por doña Rosa Aguila Santillán contra don Wladimiro Santillán y otros, con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— SAYAN ALVAREZ.— MAGUIÑA SUERO.— TELLO VELEZ.— VALDEZ TUDELA.— EGUREN.— Se publicó. Walter Ortiz Acha.- Secretario.

R.J.P.— 1954; p. 46
FILIACION ILEGITIMA.— Hijos adulterinos.

I. 11) Con la nueva legislación deberán ser declarados herederos en el procedimiento no contencioso correspondiente, los hijos adulterinos reconocidos, pero siempre que el fallecimiento del heredado se hubiere producido bajo la vigencia del nuevo C.C.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 304/52.- Procede de Cuzco.

Señor: Doña Clotilde Quintanilla solicita la declaración de herederos de su esposo don Manuel Mariano Monterroso La Torre, fallecido en la ciudad del Cuzco el 14 de abril de 1951, según partida de defunción de fs. una, y pide se le declare como tal en concurrencia con sus hijos legítimos Jorge Washington, Gualberta Alicia y César Armando Monterroso Quintanilla, cuyo entroncamiento se ha acreditado con las partidas de fs. cinco, seis, siete y ocho. También se presentan como pretendientes a la sucesión los hijos ilegítimos Alfredo y Zoila Rosa Monterroso, adjuntando sus partidas correspondientes, que obran a fs. 17 y 18.

El Juez de Primera Instancia del Cuzco, al expedir la resolución de fs. 29, su fecha 20 de setiembre de 1951, declara como herederos del de cuyus a la cónyuge supérstite y a sus hijos legítimos ya indicados, así como al hijo ilegítimo reconocido Alfredo Monterroso Challeo. Excluye a Zoila Rosa Monterroso porque dice no haber sido reconocida con sujeción al art. 236 del C.C. derogado.

Interpuesto recurso de apelación, la Sala en lo Civil de la Corte Superior del Cuzco, con lo expuesto por su Fiscal, revoca la sentencia apelada de fs. 29, en la parte que niega la concurrencia de doña Zoila Rosa Monterroso Challco últimamente citada, reformándola declara que ésta es también heredera del intestado en su condición de hija ilegítima reconocida. La confirmaron en lo demás que contiene.

La de vista está en lo cierto porque abierta la sucesión en la vigencia del C.C. actual, es este el que debe normar los derechos de los pretendientes, calificando la filiación de ellos conforme al art. 762 de dicho Código. Que reconocida doña Zoila Rosa de acuerdo con la nueva ley, que no hace distingos entre hijos adulterinos y naturales, como el derogado, el reconocimiento es procedente y surte todos sus efectos legales por tener ésta la calidad de hija ilegítima, de acuerdo con el art. 1824 del C.C. vigente.

Por lo expuesto, el Fiscal opina que se declare NO HABER NULIDAD en la recurrida, salvo mejor parecer.

Lima, 4 de julio de 1952.

Febres

RESOLUCION SUPREMA

Lima, treintiuno de agosto de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas treintiséis, su fecha dieciocho de abril de mil novecientos cincuentidós en la parte materia del recurso, que revocando la apelada de fojas veintinueve, su fecha veinte de setiembre de mil novecientos cincuentiuno, declara que es también heredera de don Manuel Mariano Monterroso La Torre su hija ilegítima doña Zoila Rosa Monterroso; con lo demás que contiene condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso y los devolvieron.

Sayán Alvarez.— Checa.— Maguiña Suero.— Valverde.— Serpa. Se publicó.— Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

R.J.P.– 1956; p. 1344

ACCION PETITORIA DE HERENCIA.–Concurrencia de hermanos

I, 11a) Cuando el demandante es hermano y coheredero del poseedor, la acción de reivindicación de la herencia es imprescriptible.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 883/54.– Procede de Cajamarca.

Señor:

A fs. 2 doña María Concepción Zelada Flores entabla demanda contra doña Rosario Cortez Cueva viuda de Zelada, para que se declare judicialmente que la demandante y su hermano don Pablo Zelada Flores también son herederos de don Andrés Zelada Flores en concurrencia con la demanda. Esta demanda está debidamente fundada en el art. 663 del C.C. y según lo dispuesto por el art. 902 del mismo Código, es imprescriptible, Doña Rosario Cortez Cueva viuda de Zelada a fs. 7 ha deducido la excepción de prescripción de la acción. Apareciendo del texto de la demanda de fs. 2 que la acción incoada es la contemplada por el art. 663 del C.C. por alegarse el derecho de concurrir a la herencia de don Andrés Zelada, es evidente que la excepción de prescripción deducida declárase sin lugar, pues dicha acción, según el art. 902 del mismo Código es imprescriptible. La actora con la instrumental presentada y con la prueba actuada ha acreditado, que es hermana del causante don Andrés Zelada Flores y que don Pablo Zelada también es hermano de la demandante y del nombrado de cujus, por lo que, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 760-768 y 663 del C.C. procede declarar fundada la demanda de fs. 2 y que doña María Concepción Zelada Flores y don Pablo Zelada Flores también son herederos de su hermano don Andrés Zelada Flores, en concurrencia con la demanda doña Rosario Cortez Cueva viuda de Zelada, la sentencia de vista de fs. 27, que confirmando la de Primera Instancia de fs. 20 vta. declara sin lugar la excepción y fundada la demanda, está arreglada a ley y al mérito de lo actuado.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia recurrida, opino que NO HAY NULIDAD en el fallo de vista, en la parte materia del recurso.

Lima, 2 de noviembre de 1954.

García Arrese

RESOLUCION SUPREMA

Lima, doce de setiembre de mil novecientos cincuentiséis.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas veintisiete, su fecha ocho de setiembre de mil novecientos cincuenticuatro, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas veinte vuelta, su fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos cincuentitrés, declara fundada la demanda de fojas dos infundada la excepción de prescripción deducida a fojas siete y, en consecuencia, que doña María Concepción Zelada Flores y don Pablo Zelada Flores y don Pablo Zelada Flores son también herederos de su hermano don Andrés Zelada Flores, en concurrencia con la demanda doña Rosario Cortez Cueva viuda de Zelada; con lo demás que la sentencia de vista contiene; condenaron en las costas del recurso a que lo interpuso; y los devolvieron.— EGUIGUREN — BUSTAMANTE CISNEROS — GARMENDIA.— ALVA.— TELLO VELEZ.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

R.J. P.— 1957; p. 308
JURISPRUDENCIA
I.— DE LA CORTE SUPREMA
A).— En lo Civil
ACCION PETITORIA DE HERENCIA.— Prescripción.

I, 12) *1.— La acción reivindicatoria de los bienes poseídos por un coheredero a título tal, es imprescriptible*
2.— Acreditado el entroncamiento de los actores con el causante procede reconocerlos como sus herederos en el juicio de herencia.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1001/56.— Procede Lima.
Señor:
En el presente juicio seguido por doña Rosa Margarita Falconí.

Zambrano y otras con don Jorge Falconí Mejía y otros, sobre acción petitoria de herencia, por auto de fs. 138 vta. se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por los demandados contra la sentencia de vista de fs. 134 vta. que confirmando la de Primera Instancia de fs. 113, declara fundada la demanda de fs. 7; con lo demás que contiene.

Con la prueba y con los acompañados, las demandantes doña Rosa Margarita Falconí Zambrano, doña Zoila Victoria Falconí de Miranda y doña Sara Severina Falconí Zambrano han acreditado suficientemente que son hijas de doña Francisca Zambrano de Falconí y hermanas de don Eleazar Falconí Zambrano, por lo que, es evidente que las actoras son herederas de su nombrada madre y deben concurrir a la herencia de ella, con su hermano don Eleazar Falconí Zambrano, debiendo declararse fundada la demanda incoada con tal objeto, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 662 y 663 del C.C. La excepción de prescripción deducida por los demandados en su escrito de fs. 13 debe ser desestimada, pues tratándose de la acción petitoria de la herencia dirigida contra condóminos, es evidente que éstos, no pueden adquirir por prescripción los bienes comunes, de conformidad con lo dispuesto por el art. 902 del C.C.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista, opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, 8 de octubre de 1956.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiuno de diciembre de mil novecientos cincuentiséis.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento treintiséis, que confirmando la apelada de fojas ciento trece su fecha veinte de abril del mismo año declara infundada la excepción de prescripción opuesta a fojas veintiséis por don Augusto Falconí Mejía fundada la demanda petitoria de herencia de fojas siete y, en consecuencia, que doña Rosa Margarita Falconí Zambrano, doña Zoila Victoria Falconí de Miranda y doña Sara Severina Falconí Zambrano, en concurrencia con don Eleazar Falconí Zambrano, son herederos de doña Francisca Zambrano de Falconí; con lo demás que

contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— EGUIGUREN.— BUSTAMANTE CISNEROS.— GARMENDIA.— ALVA.— TELLO VELEZ.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

R.J.P.— 1950; p. 183

REIVINDICACION DE HERENCIA.— Pago de frutos.

I, 13) Procede la demanda de reinvidicación del heredero testamentario contra el tercero adquiriente de un inmueble, si del propio título del vendedor consta que no le correspondía la integridad del bien, sino que era coheredero con el demandante de reivindicación.

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 403/949. Procede de Lima.

Señor: Don Alfonso Yanac Díaz, representado por su apoderado el doctor Aníbal Maúrtua, a fs. 17, interpone acción ordinaria del fundo "Chuchuntama", con su casa y árboles frutales existentes, pretendiendo tal derecho amparado en el testamento privado otorgado por su abuelo paterno don Pedro Yanac, en 11 de marzo de 1918, corriente a fs. 4 vuelta, en cuya cláusula 24, el causante deja en partes iguales, para su hijo don Eulogio Yanac y a su nieto, el demandante, el referido fundo; y solicita, asimismo, el pago del cincuenta por ciento de los frutos, estimados en la cantidad de S/. 13,050.00, que se calculan desde la fecha en que el demandado compró el expresado fundo, hasta la de la interposición de la demanda, según la copia que obra a fs. 16.

El demandado don Pablo R. Ramírez, a fs. 51, niega y contradice la acción, aduciendo que del tenor de la propia demanda y de los documentos con que se recauda, aparece ampliamente comprobado su derecho, y relieva en forma especial, el mérito del testamento corriente a fs. 2; y, finalmente, plantea la excepción de prescripción, toda vez que su derecho se encuentra consolidado, en razón de poseer el bien por un período de 24 años.

Dentro de la prueba actuada, se destaca la escritura de venta de 8 de junio de 1918, corriente a fs. 16 y en virtud de la cual don Eulogio Yanac dio

en venta real un terreno de su propiedad situado en el lugar llamado "Chuchuntama", a favor de don Pablo R. Ramírez y cuyo documento acredita el derecho de propiedad del comprador, pues tiene plena validez legal, toda vez que no ha sido solicitada la nulidad de dicho instrumento.

Del estudio de la prueba actuada, aparece que don Pedro V. Yanac otorgó su testamento en 11 de marzo de 1916, conforme es de verse del instrumento de fs. 2, y de conformidad con el art. 1826 del Código Civil vigente, todo lo relativo a la herencia de don Pedro V. Yanac, debe regirse por las disposiciones del Código Civil de 1852.

En efecto, del tenor de la cláusula tercera del testamento, aparece que el causante declara que fue casado con doña Marcela Puente, en cuyo matrimonio ha tenido un hijo llamado Eulogio Yanac; y conforme a la cláusula 24o. del mismo, dispone: "Que el fundo denominado "Chuchuntama" lo deja en partes iguales para su hijo Eulogio Yanac y su nieto Alfonso Yanac".

Luego, si el causante sólo declara haber tenido por hijo a don Eulogio Yanac, resulta que de conformidad con el art. 713 del Código Civil derogado, dicho hijo tiene la calidad de único heredero, forzoso. En esta forma y de acuerdo on el espíritu de dicho dispositivo legal, don Pedro Yanac, el causante, no tenía facultad de poner condiciones en su testamento, sino sobre la parte de libre disposición que, a tenor de lo dispuesto en el art. 696 del acotado, tiene por límite el quinto de los bienes. Este máximo ha sido sobrepasado con notable exceso, conforme aparece del propio testamento, ya que don Pedro Yanac ha dejado grandes participaciones de terrenos a su nieto don Alfonso Yanac Díaz, parte actora dentro de estos autos, no obstante de tener un hijo legítimo, es decir, un heredero forzoso, cuyo patrimonio ha sido disminuido.

Por tales consideraciones, procede que la Corte Suprema, si no fuere de distinto parecer, se sirva declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida de fs. 109 que, confirmando la de primera instancia de fs. 84, declara infundada la demanda de fs. 17.

Lima, 25 de octubre de 1949.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, doce de noviembre de mil novecientos cuarentinueve.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que la venta del bien rústico "Chuchuntama" hecha por don Eulogio Yanac a don Pablo Ramírez, tuvo por base el testamento del anterior dueño don Pedro Yanac, cuyo testamento privado se hizo protocolizar, precisamente, por gestión del primero de ese testamento, al no haberlo impugnado en ninguna de sus partes; por consiguiente, al transferir la propiedad del inmueble "Chuchuntama", tenía que limitarlo a la mitad, desde que la otra mitad correspondía al demandante, conforme a dicho título; que la indemnización por frutos del inmueble, debe referirse a la fecha de la citación al demandado con la acción, y no habiéndose acreditado su cuantía, se apreciará por peritos declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento nueve, su fecha seis de abril del presente año, en la parte materia del recurso, que declara infundada la demanda de reivindicación interpuesta a fojas diecisiete por el apoderado de don Alfonso Yanac Díaz contra don Pablo Ramírez; reformándola y revocando la de primera instancia de fojas ochenticuatro, su fecha treintiuno de marzo de mil novecientos cuarentisiete; declararon fundada dicha demanda, y que el demandado debe entregar al actor la mitad del fundo "Chuchuntama", con sus frutos a partir de la citación con la demanda, previa valorización pericial; sin costas; y los devolvieron,

Frisancho.— Cox.— Pinto.— León y León.

Mi voto, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, es por la NO NULIDAD de la sentencia de vista que confirmando la apelada declara infundada la demanda.

Fuentes Aragón.

Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García, Secretario.

R. J. P.— 1947; p. 247

I, 14) *Si el actor, que no intervino en el procedimiento no contencioso, pretende, sin contradecir el derecho de los herederos declarados, ser incluido entre éstos, puede presentar su demanda aun vencido el término que señala el art. 1084 del C. de P. C., pero el juicio debe seguirse con citación de los herederos.*

Recurso de nulidad interpuesto por Natividad L. vda. de Aliaga en la causa que sigue con Genaro Casas, sobre contradicción de sentencia.

Procede de Junín.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Genaro Casas Maraví, pidió la declaración de herederos, de don Manuel Lazo, y designó, en su recurso de fs. 5, quienes debían ser instituidos, pidiendo que se siguiera el procedimiento, con citación del Ministerio Fiscal, y terminado por la sentencia de fs. 25, que declara como herederos del intestado a sus hijas que allí nombra, se declaró consentida la sentencia, a fs. 27, según aparece del expediente que se tiene a la vista; y con motivo de ello, doña Natividad Lazo vda. de Aliaga, interpone acción ordinaria de contradicción, a aquella sentencia, sosteniendo, que ella también es heredera del intestado, y que ha sido indebidamente omitida; y contestada esa demanda por don Genaro Casas, a fs. 5, en el sentido de oponerse a la acción, se recibe a prueba, por Auto de la misma foja; se termina por el de fs. 19, y se oye al Agente Fiscal a fojas 25, sentenciándose a fojas 28 vuelta, en el sentido de declarar fundada la demanda, y que la demandante, es también heredera de don Manuel Lazo; y como el Tribunal Superior, contra la opinión de su Fiscal de fs. 40, confirma la sentencia a fs. 40 vuelta, resolviendo la apelación de fs. 32, se interpone recurso de nulidad, concedido a fs. 42.

El juicio de intestado, es un juicio universal, al que pueden y debe concurrir, todos los que tienen interés en la herencia; y no se puede alegar ignorancia sobre su existencia, porque precisamente para evitarla, la Ley obliga a hacer publicaciones en los periódicos, y así consta, a fs. 7, del expediente acompañado, que tales publicaciones se hicieron; y si alguna de las partes interesadas, no se apersonó, ella sólo sufre las consecuencias de su falta de hacerlo; y no es posible de que, porque no salió al juicio, y no fue parte en él, determinada persona, está expedito su derecho, para hacerlo valer en cualquier tiempo, dejando así a la voluntad de la misma, el derecho que proviene de la sentencia que puso término al intestado, lo que no es aceptable, y precisamente por ello la Ley ha fijado el plazo de seis meses, para objetar esa sentencia.

El tenor de los artículos 1083 y 1084 que lo complementan,

demuestran, que sólo los que han sido parte en el juicio de intestado, puede valer la acción contradictoria, porque de otro modo, no tendrá explicación lo dispuesto en el último, de que el término de los 6 meses comienza a correr desde la fecha de la notificación, de la sentencia, ya que ésta sólo se notifica al que es parte.

Además de lo dicho, cabe hacer notar, que las partidas de fs. 11 y 12 único fundamento de la sentencia para declarar fundada la acción, no la amparan; porque la primera se refiere al matrimonio de la demandante, y aunque en ella se haya consignado que es hija legítima, no es ese el medio exigido por la ley, para probar el entroncamiento; y el de fs. 12, es una partida de nacimiento de la demandante, extendida por mandato dictado en un expediente abierto a solicitud de ella, con fecha 22 de Abril de 1942, siendo así que el intestado se inició, el 14 de Enero del mismo año, y por consiguiente constituye una prueba preparada para los efectos de ese procedimiento; con el agregado, de que con la simple declaración de testigos, no puede el Juez declarar hijo legítimo, al que no lo pretende dentro de ese procedimiento.

Si la sentencia que puso término al juicio, y el Auto que la declaró consentida se notificó el 15 de Junio de 1943, y la demanda se interpone el 17 de Setiembre del mismo año, es evidente que ésta fuera del término de los 6 meses que señala la ley.

Por las consideraciones aducidas, opina el Fiscal, que la Corte Suprema debe declarar, que HAY NULIDAD, en la Resolución de Vista recurrida; reformándola, revocar la de Primera Instancia, y declarar sin lugar la demanda, que origina este juicio.

Lima, 23 de Julio de 1946.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 5 de Agosto de 1946.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y considerando: que con el nombre de acción contradictoria del procedimiento de declaratoria de herederos de don Manuel Lazo, lo que en realidad ha interpuesto doña Natividad Lazo O. viuda de Aliaga es una acción ordinaria para que se le

declare heredera de su padre antes mencionado, en su calidad de hija legítima del mismo; que esta acción ha debido seguirse con citación de las personas declaradas herederos de don Manuel Lazo, según el auto de fojas veinticinco del expediente sobre declaratoria de herederos, que se tiene a la vista, y que se llaman Juan Teodomiro Antenor, María C., María Encarnación, Rodrigo, María Elisa y Libia Hortensia Casas Lazo, los mismos que son mayores de edad según consta de las partidas de fojas once, trece, catorce y diecisiete del mismo expediente: declararon NULA la sentencia de fojas cuarenta vuelta, su fecha ocho de enero del año en curso, recaída en el juicio seguido por doña Natividad Lazo viuda de Aliaga con don Genaro Casas Maraví, sobre declaración de derechos hereditarios; insubsistente la de primera instancia de fojas veintiocho vuelta, su fecha seis de octubre de mil novecientos cuarenticuatro, y nulo todo lo actuado desde fojas una, a cuyo estado repusieron la causa para que continúe su tramitación, salvándose la omisión anotada; y los devolvieron.

Portocarrero.— Samanamud.— Alvariño.— Serpa.— Cancino.

Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García, Secretario.

Cuaderno No. 447 de 1946.

R. J. P.— 1951; pag. 1426

ACCION REIVINDICATORIA.— Petición de herencia.

I, 15) 1.— Debe declararse fundada la acción reivindicatoria interpuesta por los comuneros o propietario PRO INDIVISO contra quien adquirió el inmueble común a uno de los condóminos, en la creencia de que éste era el único y exclusivo dueño de la cosa.

2.— Si dos inmuebles que tienen la calidad de bienes comunes, se adicionan a un bien propio del cónyuge, constituyendo los tres una sola unidad inmobiliaria; y se enajenan a título oneroso por el cónyuge supérstite los tres predios agregados como si fueran uno solo, después de haber fallecido el otro cónyuge, es incuestionable que existe en los herederos del premuerto que no enajenaron, acción para reclamar la cuota que en dichos inmuebles comunes les corresponde, a no ser que el comprador pudiera oponer con éxito la excepción de prescripción.

3.– Durante la vigencia del C.C. abrogado, no corría contra los menores el plazo de la prescripción, aunque tuvieren representante legal.

4.– Conforme al derecho vigente (art. 664 C.C.), la reivindicación de la herencia no se extiende a los frutos percibidos; pero se deberán frutos desde la citación con la demanda petitoria.

5.– La acción que los herederos del cónyuge premuerto promueven reclamo la herencia en los bienes comunes como universalidad, no es propiamente reivindicatoria.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1282/950.– Procede de Ica.

Don Darío Amoretti Matías y doña Narcisa Cabrera Aguirre contrajeron matrimonio el 8 de noviembre de 1885, adquiriendo durante el matrimonio dos tiendas situadas en la Plaza de Armas de la ciudad de Chincha. La sociedad conyugal feneció por la muerte de la esposa doña Narcisa Cabrera de Amoretti ocurrida el 3 de diciembre de 1902; y con posterioridad a esta fecha don Darío Amoretti adquirió otros dos inmuebles situados en la Plaza de Armas de la expresada ciudad, con los que y los adquiridos durante la sociedad conyugal formó un solo inmueble que vendió a don Pedro Novaro, por escritura pública de 12 de noviembre de 1911.

Como la venta referida se hizo respecto de dos bienes que tenían la calidad de comunes, por haber sido adquiridos en el matrimonio, hecho que está perfectamente acreditado en autos, don Israel Amoretti Cabrera y demás herederos de su madre doña Narcisa Cabrera de Amoretti han demandado la nulidad del contrato referido en cuanto al 50°/o de las dos tiendas adquiridas por los esposos Amoretti Cabrera y la reivindicación de dicha parte, con sus frutos.

Tramitada la causa, a la que se opusieron los herederos de don Pedro Novaro el Juzgado de Pimera Instancia en la sentencia de fs. 81 ha declarado infundada la demanda respecto de las extensiones de terreno a que se contrae la misma con sus frutos desde el 14 de noviembre de 1925. La Corte Superior de Ica a fs. 115 ha confirmado dicha sentencia, salvo en lo referente al pago de frutos, que deben computarse desde la citación con la demanda.

La parte demandada trae recurso de nulidad.

Es evidente la nulidad de la escritura pública de 12 de noviembre de 1911 en cuanto comprende en la venta la mitad de las dos tiendas hecha por don Darío Amoretti, que ya no le pertenecía, pues por muerte de su esposa había pasado a ser propiedad de los hijos de ambos.

La referida nulidad está incursa en lo que establece el art. 2278 del C.C. derogado, por tratarse de un acto ilícito como es la venta de lo ajeno.

La prescripción deducida carece de fundamento legal. Dicho plazo se computa desde el 7 de abril de 1922 en que cumplió su mayoría el menor de los hijos de doña Narcisa Cabrera y no desde la fecha de la escritura, porque conforme al mismo Código la prescripción no corría contra los menores, a diferencia del actual en que si corre siempre que estén bajo el poder de sus padres o de un turor o curador.

La presente demanda se ha interpuesto en setiembre de 1942, no habiendo corrido hasta esta fecha el término de la prescripción extraordinaria, en razón de que no cabe la de 10 años o corta, por referirse el acto jurídico a venta de casa ajena.

Por lo expuesto, opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 21 de junio de 1951.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, trece de agosto de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento quince, su fecha veinte de octubre del año último que confirmando la de primera instancia de fojas ochentiuna, su fecha doce de enero del mismo año, declara fundada la demanda de fojas tres, y en consecuencia, que los demandados don Pedro Novaro y otros, están obligados a restituir a los actores don Israel Amoretti Cabrera, doña Natividad Constanza Amoretti Cabrera y otros, las dos extensiones de tierras urbanas a que se refiere la demanda, con sus frutos desde la fecha de la citación con la demanda; con lo demás que contiene; condenaron en la multa de cuatrocientos soles y en las costas del recurso a la

parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Zavala Loaiza.— Frisancho.— Láinez Lozada.— Eguiguren.— Sayán.

R. del F.— 1945; pág. 476.

I, 16) *Si del título que ostentan los herederos resulta que el testador declara que corresponde a la Benedicencia de Lima el dominio directo de la finca que posee, no pueden aquéllos negar este derecho, mientras no se declare en juicio que se ha extinguido la enfiteusis por la prescripción alegada.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El testamento de don M. T. R., (fs. 30), cuya testamentaria aparece administrada por el Dr. E. R.C., demandante, establece, al hacer relación de bienes que tiene derecho sobre la finca No. 137 de la calle Puerto Arroyo del barrio de Abajo del Puente, correspondiendo el dominio directo a la Sociedad de Beneficencia, a la que se abona un canon mensual de 4 soles oro ochenta centavos. Es la más completa declaración de la existencia de un contrato enfiteutico y sus herederos no pueden negarlo, aun cuando aleguen que por haber transcurrido largo tiempo sin verificar el pago, ha prescrito el derecho del señor directo. Entonces la demanda en que se pide la no existencia de enfiteusis va contra lo que aparece del título que acredita la condición de herederos. Por ello la sentencia de 1a. Instancia de fs. 90 que desestima la demanda declaratoria está arreglada a ley y justicia.

Al contestar la demanda, la Beneficencia reconvino pidiendo se obligara a los herederos de R. a entregarla la finca en cuestión, estimando que no se trataba sino de un arrendamiento simple. Esto último no es cierto por lo que se deja expresado en el acápite anterior: la realidad de la enfiteusis que genera derechos y obligaciones de distinto carácter a los que son consecuencia de un arrendamiento. Demostrado que sí hay enfiteusis, por lo que, precisamente se ha declarado sin lugar la acción del doctor R. C., ella sólo puede terminar en alguna de las formas establecidas por la ley, entre las que no está la elegida por la Sociedad de Beneficencia. El juez procedió bien al declarar sin lugar la

reconvención. No hay nulidad en el fallo de vista, confirmatorio de fs. 115 de que recurren ambas partes. Salvo mejor parecer.

Lima, 12 de setiembre de 1944.

Calle.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 6 de noviembre de 1944.

Vistos: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 115 su fecha 17 de agosto de 1942 que confirmando la de 1ra. Instancia de fs. 90 su fecha 31 de mayo de 1939, declara infundada la demanda interpuesta por don E. R. C., Administrador Judicial de la Testamentaria de don M. T. R.; con lo demás que contiene; condenaron en la multa de 200 soles y en las costas del recurso a la parte demandante; y los devolvieron. Valdivia.— Portocarrero.— Ballón.— Pastor.— Benavides Canseco.— Se publicó conforme a ley.— A. Merino Reyna. Secretario.

R. de los T.— 1944; p. 407.

I, 17) *Sólo pueden ejercer el derecho de representación en una herencia, las personas que viven en el momento del fallecimiento del de cujus.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Para que los nietos puedan heredar en representación de sus padres, al hacerse la declaración de herederos de la abuela, es indispensable que existan (esos nietos) al tiempo del fallecimiento de la última. No hay representación de representación; por consiguiente don Justiniano Sulca no tiene derecho a invocar esa calidad para pretender que se le declare también heredero de doña Natividad Venegas de Infantes, que fue madre de su esposa Cirila Infante y abuela del menor Juan Desiderio Sulca infante, con la circunstancia de que las

dos últimas personas fallecieron mucho tiempo antes que doña Natividad. El error que al respecto padece sentencia de Primera Instancia ha sido corregido por la Corte Superior, a fs. 34, al revocarla en esa parte.

Conforme a ley, los únicos herederos de la referida señor son sus hijos legítimos Juan Pablo, Mariano Natividad y Antonia Infante Venegas, junto con el cónyuge sobreviviente don Hilarión Infante, cuyos derechos están sustentados con las partidas presentadas en autos. NO HAY NULIDAD. Salvo mejor parecer.

Lima, agosto 17 de 1944.

Calle

RESOLUCION SUPREMA

Lima, setiembre 6 de 1944

Vistos: de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 34, su fecha 26 de mayo del año en curso, que revocando la apelada de fs. 18 vta., su fecha 16 de diciembre anterior, excluye a doña Cirila Infante de la herencia de doña Natividad Venegas de Infante; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Arenas.— Valdivia.— Portocarrero.— Pastor.— Benavides Canseco.— Se publicó conforme a ley.— A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 910.— Año 1944.

Procede de Ayacucho.

R. J. P.— 1944; pag. 43.

I, 18) *Reinvidicación al derecho de heredar. La caducidad de un testamento debe ser declarada en sentencia. No procede el pago de frutos en las acciones de esta naturaleza.*

Recurso de nulidad interpuesto por doña Rosa Ney ra de Aranguren y otros en la causa que siguen con doña Adelaida de Mayorga, sobre nulidad de sentencias.

Procede de Lima.

Cuaderno No. 1809 de 1943.

ANTECEDENTES

D. Abelardo Aranguren falleció el 6 de agosto de 1938. Su hermana, Da. Adelaida Aranguren de Mayorga, siguió el procedimiento de declaración de susherederos, en el cual intervino la cónyuge sobreviviente del causante, Da. Rosa Neyra vda. de Aranguren. Se declaró herederos a la cónyuge ya expresada en concurrencia con los hermanos del intestado, Da. Adelaida, D. Rodolfo y Da. Peregrina Aranguren. A continuación, los herederos siguieron un juicio de partición y división de los bienes de la Sucesión de D. Abelardo Aranguren y se estableció en él los derechos de la cónyuge al 50°/o de la herencia, distribuyéndose el otro 50°/o entre los hermanos concurrentes a la sucesión.

Terminada la partición y división y entregadas las hijuelas a los interesados, se descubre por uno de ellos la existencia de un testamento otorgado por D. Abelardo Aranguren el 9 de octubre de 1925. Invocando esta situación, Da. Adelaida Aranguren de Mayorga y sus hijos D. Abelardo y D. Manuel Mayorga Aranguren interponen demanda ordinaria contra los herederos entre quienes se había distribuido la herencia, para que se declare la nulidad del juicio de la declaratoria de herederos y de la partición y división, terminados ambos por resoluciones firmes y ejecutoriadas, y para la entrega de los bienes a los herederos y legatarios instituidos en el mencionado testamento. Es de advertir que cuando D. Abelardo Aranguren hizo su testamento, era soltero. Pero en 16 de setiembre de 1933 contrajo matrimonio con Da. Rosa Neyra. Por consiguiente, al producirse el fallecimiento de aquél en 1938, tenía una heredera forzosa, la cónyuge sobreviviente, circunstancia que motiva la caducidad de la institución de heredero conforme al inciso 1o. del art. 752 del C.C. En tal caso, estatuye el art. 1226 del C.P.C. que procede la declaración de herederos.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En este juicio, Adelaida Aranguren de Mayorga, Abelardo Mayorga Aranguren y Manuel Mayorga Aranguren, demandan a Rosa Neira de Aranguren, a Rodolfo Aranguren y a Peregrina Aranguren para la nulidad de la declaratoria de herederos de Abelardo Aranguren y para que, también, se

declare nula la división y partición de sus bienes.

Aparecen en estos autos, dos hechos, a saber: que Abelardo Aranguren otorgó testamento, (fs. 12) el 9 de octubre de 1925 ante el Notario Aurelio Sotomayor, omitiendo el Notario Juan Urmeneta Fernández, que administra ese Archivo, la manifestación sobre la existencia de aquel testamento, por lo que pudo prosperar el intestado, y consecutivamente, la división y partición. Pero, ambos expedientes son nulos por haberse seguido sobre la base de la creencia errónea de haber fallecido Abelardo Aranguren sin otorgar testamento.

Ahora, el Juez de Primera Instancia y la Corte Suprerior amparan a los demandantes, pero difieren ambas sentencias: el fallo de vista establece que los frutos no deben ser devueltos; y el fallo del Juez declara que los frutos deben devolverse desde la fecha de la citación de la demanda.

La Corte Superior invoca el Art. 767 del antiguo Código Civil, reproducido por el Art. 664 del actual Código; y, además, rebaja la multa impuesta al Notario Urmeneta.

Como el poseedor de buena fe hace suyos los frutos y de buena fe dividiéronse los bienes entre los demandados, concluye el Suplente del Señor Fiscal opinando por la NO NULIDAD de la sentencia de vista de fs. 115 vuelta, confirmatoria, en parte, del fallo de Primera Instancia de fs. 82, salvo mejor opinión.

Lima, 26 de abril de 1944

Manzanilla

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintinueve de mayo de mil novecientos cuarenticuatro.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal; y considerando además: que en la época en que se notificó a los Notarios de Lima, la solicitud de la declaratoria de herederos de don Abelardo Aranguren Neira, el archivo del doctor Aurelio Sotomayor se hallaba a cargo de don Felipe Montes de Oca y no de don Juan Urmeneta Fernández; como aparece del testimonio y que habiendo fallecido el Notario Montes de Oca, no puede imponerse la sanción disciplinaria por la omisión en que incurrió: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento quince, su

fecha veinte de setiembre de mil novecientos cuarentitrés, en cuanto confirmando la apelada de fojas ochentidós, su fecha trece de enero anterior, declara fundada la demanda interpuesta a fojas cinco por doña Adelaida Aranguren de Mayorga y otros y manda que se entreguen los bienes a los herederos instituidos en el testamento que en copia corre a fojas doce; declararon igualmente NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista en cuanto revocando la apelada, declara sin lugar la demanda respecto de la devolución de frutos declararon; HABER NULIDAD en el fallo de vista en cuanto revocando el apelado, impone la multa de doscientos soles al Notario Urmeneta Fernández: reformando el primero y revocando el segundo, lo absolvieron de dicha sanción, sin costas; y los devolvieron.

SS. Valdivia.– Portocarrero.– Ballón.– Pastor.– Benavides Canseco.

R. J. P.– 1953; p. 1356

HERENCIA.– Reivindicación.

I, 19) 1.– Es requisito indispensable para promover acción petitoria de herencia que el actor acredite su calidad de heredero.

2.– No tiene la calidad de heredero aquel que afirma haber sido reconocido por su padre porque este dió su consentimiento para el matrimonio que realizó cuando todavía era menor de edad.

3.– No hay otras formas de reconocer a los hijos ilegítimos que las relacionadas en el art. 238 del C. C. de 1852 y en el art. 354 del C. C. de 1936, aun cuando esta última legislación permite, además, la sentencia declaratoria de la paternidad como prueba de la filiación ilegítima.

4.– Las formas de reconocimiento de los hijos ilegítimos no pueden ser sustituidas por otras, en razón de la analogía existente entre las mismas, porque la ley exige la observancia de la forma como condición de existencia del acto que contiene.

5.– Si la ley reclama la observancia de una forma específica para el cumplimiento de un acto, ésta será la única manera de probar la realidad y la legitimidad de dicho acto.

6.– La no observancia de la forma requerida por la ley determina la nulidad IPSO JURE, no simplemente la anulabilidad del acto (art. 1123 inc. 3o. del C. C.).

DICTAMEN FISCAL

Señor: En el presente juicio seguido por doña María Mercedes Muro Guevara de Gastelo con los herederos de don Francisco Muro Guevara sobre reivindicación, por auto de fojas cuatrocientos dieciséis vuelta se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos siete, que revocando la de Primera Instancia de fojas trescientas tres vuelta declara fundadas las excepciones de prescripción deducidas por los demandados en sus recursos de fojas ochentitrés, ochentinueve, noventa y ciento sesentitrés y sin lugar la demanda de fojas cinco. A fojas cinco doña María Zoila Mercedes Muro Guevara de Gastelo interpone demanda de reivindicación de la herencia del que fue su padre don Francisco Muro, para concurrir en ella, con sus hermanos don Francisco Muro Pacheco, don Aurelio y don Eleodoro Muro Pacheco o quienes representen los derechos de ellos, hermanos que, como la actora, son hijos naturales reconocidos. Funda la acción en que su causante falleció el veintiséis de Abril de mil novecientos doce y que sus nombrados hermanos siguieron la declaratoria de herederos correspondiente, en la que no se le comprendió ni citó e invoca los artículos seiscientos sesentidós, seiscientos sesentitrés y novecientos dos del Código Civil vigente. Con la partida de bautismo de fojas una, documentos de fojas dos y fojas tres y abundante prueba que obra en autos se ha acreditado que la demandante, doña María Zoila Mercedes Muro Guevara de Gastelo es hija ilegítima reconocida por el causante, don Francisco Muro Guevara, quien debido a que la actora era menor de edad cuando contrajo matrimonio, intervino como padre de ella, en el expediente matrimonial y ante el Párarroco, testigos y el Notario respectivo, prestó su consentimiento, reconociendo de este modo, la calidad de hija ilegítima, es evidente que la demanda interpuesta a fojas una como reivindicatoria de la herencia es procedente y distinta de la contradictoria de la declaración de herederos. Además, con los documentos que obran de fojas doscientos cuarenta a fojas doscientos cincuenticinco y fojas doscientos setentiocho que no han sido impugnadas por los demandados y, por el contrario, se han dado por reconocidos, la demandante ha probado que el propio causante como alguno de los demandados, reconocen a la actora como hija ilegítima de don Francisco Muro G. y le han dado intervención en la sucesión, por lo que, procede declarar fundada en parte la demanda. Las

excepciones deducidas por los demandados, fundándose en los artículos quinientos cuarentitrés inciso segundo; quinientos cuarenticuatro y quinientos cuarenticinco del Código Civil derogado, deben declararse infundadas en cuanto a los bienes inmuebles, por haber transcurrido el plazo de cuarenta años que establece el artículo quinientos cuarenticinco del citado Código.

Por las consideraciones expuestas y por los fundamentos de la sentencia de fojas trescientas tres vuelta opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que HAY NULIDAD en la sentencia recurrida y reformándola, confirmar la apelada, salvo mejor parecer.

Lima, siete de Julio de mil novecientos cincuentidós.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de setiembre de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; en discordia; con el voto escrito del señor Bustamante Cisneros, que se agregará, rubricado por el Secretario; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que lo resuelto en el juicio sumario de declaratoria de herederos de don Francisco Muro que se tiene a la vista, sin la participación de la demandante, no le afecta por esto en forma alguna, por lo que es innecesario referirse a él; que es con posterioridad o dicho juicio y al ordinario de contradicción, y amparada en el artículo seiscientos sesentitrés del Código Civil que la actora inicia la acción de reivindicación de herencia mediante la demanda de fojas cinco cuyo objeto es que se declare judicialmente su derecho hereditario en los bienes dejados por el extinto causante don Francisco Muro poseídos por otros herederos que ostentan la calidad de hijos ilegítimos reconocidos, que la actora también invoca como condómina en la expresada universalidad patrimonial transmitida, pero que poseen los primeros, sosteniendo ser exclusivos sucesores en la herencia; que el título que hace valer la demandante de hija ilegítima lo fundamenta en la declaración que hizo el causante al prestarle como su padre, consentimiento para contraer matrimonio, según consta de la diligencia respectiva que corre inserta en el documento parroquial de fojas tres, afirmando que el documento exhibido establece su filiación, porque en su concepto ese pliego matrimonial es equivalente a la escritura pública exigida por el artículo doscientos

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de setiembre de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; en discordia; con el voto escrito del señor Bustamante Cisneros, que se agregará, rubricado por el Secretario; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que lo resuelto en el juicio sumario de declaratoria de herederos de don Francisco Muro que se tiene a la vista, sin la participación de la demandante, no le afecta por esto en forma alguna, por lo que es innecesario referirse a él; que es con posterioridad o dicho juicio y al ordinario de contradicción, y amparada en el artículo seiscientos sesentitrés del Código Civil que la actora inicia la acción de reivindicación de herencia mediante la demanda de fojas cinco cuyo objeto es que se declare judicialmente su derecho hereditario en los bienes dejados por el extinto causante don Francisco Muro poseídos por otros herederos que ostentan la calidad de hijos ilegítimos reconocidos, que la actora también invoca como condómina en la expresada universalidad patrimonial transmitida, pero que poseen los primeros, sosteniendo ser exclusivos sucesores en la herencia; que el título que hace valer la demandante de hija ilegítima lo fundamenta en la declaración que hizo el causante al prestarle como su padre, consentimiento para contraer matrimonio, según consta de la diligencia respectiva que corre inserta en el documento parroquial de fojas tres, afirmando que el documento exhibido establece su filiación, porque en su concepto ese pliego matrimonial es equivalente a la escritura pública exigida por el artículo doscientos treintiocho del Código Civil derogado de mil ochocientos cincuentidós, para acreditar el reconocimiento con los efectos legales consiguientes; que verificado el año mil novecientos el hecho del consentimiento para el matrimonio de la actora, aducido como título de su filiación ilegítima, corresponde apreciarlo bajo el régimen del Código Civil anterior a efecto de establecer si constituyó o no un válido reconocimiento de esa filiación; que estando a los términos del artículo doscientos treintiocho de dicho cuerpo de leyes, que fija la norma específica que debe revestir el reconocimiento de los hijos naturales, el consentimiento paterno mencionado constante en diligencia de un expediente parroquial de matrimonio, escapa a la taxativa enumeración de las únicas solemnidades susceptibles de imprimir a la espontánea confesión del padre, respecto de su vinculación generativa con el pretendido descendiente, la eficacia de un reconocimiento de filiación ilegítima; que esto

obedece a que cuando la ley prescribe la forma de un acto es porque el legislador ha determinado que sin dicha forma tal acto no producirá efecto jurídico, por lo que el consentimiento de que se trata prestado sin la solemnidad específica predeterminada en la ley, no constituye título suficiente de reconocimiento para la actora; que el caso a la luz del referido artículo del Código derogado y del artículo trescientos cincuenticuatro del vigente, representa una aplicación concreta del sistema seguido por uno y otro cuerpo de leyes conforme a los que al requerirse absolutamente una determinada forma, ella es la única prueba válida y por lo mismo no es admisible que se pueda dar dicha prueba de ningún modo, como cuando se prescribe tan sólo la escritura pública como única formalidad señalada para donar inmuebles, constituir anticresis o testamento para las disposiciones mortis causa, o disyuntivamente dicha escritura pública o testamento, cual ocurre con la dote, la renta vitalicia, la fundación o la hipoteca. en todos cuyos supuestos la forma aparece impuesta por medio de disposiciones de carácter preceptivo y al mismo tiempo limitativo, la prescripción que así lo manda u ordena resulta entonces inconciliable con la interpretación por analogía que extiende a otros casos o situaciones similares el imperio fundamentalmente restrictivo del precepto legal; que no sólo el texto, sino también el espíritu de nuestro derecho positivo en el sentido expuesto se confirma con la historia del artículo trescientos cincuenticuatro del Código vigente, que es reproducción del citado numeral doscientos treintiocho del anterior, pues si en el proyecto de mil novecientos treintiséis, y antes en el segundo ante-proyecto de mil novecientos veintinueve, se insertaba con la misma amplitud que en otros Códigos el reconocimiento verificado en "instrumento público", que permitía efectuarlo dentro de la generalidad del texto, en documento eclesiástico y en cualquier otro que tuviera la suficiente publicidad y autenticidad, para acreditar la filiación, la Comisión Revisora, modificando el artículo, suprimió la innovación apuntada; que otros elementos de prueba aportados por la demandante, y que corren en autos, como coadyuvantes al mérito que le asignaba al consentimiento para el matrimonio hasta aquí considerado, no habrían tenido oportunidad de actuarse en el juicio de investigación de la paternidad no permitida por el Código de mil ochocientos cincuentidós y que admitida por el actual Código requiere acción propuesta con tal objeto y sentencia declaratoria de la paternidad, la que no se ha exhibido ni hecho valer por la actora; que no

ostentando la demandante, por la causal expresada, calidad de heredera de don Francisco Muro, no ha podido plantear la acción reivindicatoria de fojas cinco, como tampoco la alegada acción para concurrir a la herencia con los poseedores de ésta, vale decir, deduciendo la acción descrita en el texto del artículo seiscientos sesentitrés porque para hacerlo necesitaba comprobar su calidad de heredera con el respectivo título hereditario, del que como ya se ha dicho carece la actora, que, finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción deducida por el demandado está desprovista de todo fundamento, desde que se dirige contra quien no tiene derecho hereditario en la Sucesión de don Francisco Muro como se deja esclarecido en las precedentes consideraciones, ya que la prescripción presupone derecho que se extingue por su no ejercicio durante el período señalado por la ley: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuatrocientos siete, su fecha primera de Octubre de mil novecientos cincuentiuno, en cuanto revocando la apelada de fojas trescientos tres vuelta, su fecha trece de julio de mil novecientos cuarentinueve, declara sin lugar la demanda interpuesta a fojas cinco por doña Merecedes Muro Guevara de Gastelo contra los herederos de don Francisco Muro Guevara, declararon HABER NULIDAD en la parte que declara fundadas las excepciones de prescripción deducidas a fojas ochentitrés, ochentinueve, noventa y ciento sesentitrés; reformándola y revocando la de Primera Instancia en este punto: declararon sin lugar dichas excepciones; sin costas; y los devolvieron.

Sayán Alvarez.— Garmendia.— Maguiña.— Valverde. Se publicó.— Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

Reproduciendo los fundamentos de la opinión fiscal y teniendo en consideración: que en el cuaderno de declaratoria de herederos, doña Mercedes Muro, no presentó recurso alguno a pesar de haberse sentado notificaciones, las mismas que aparecen entregadas a don Edilberto Samillán, apoderado de uno de los litigantes; que estas notificaciones no se hicieron personalmente, no habiéndose identificado el domicilio en ellas; que si fuese exacta la afirmación de que la demandante intervino en un incidente, sobre la existencia de testamento (fojas treintiséis), dicho incidente habría sido presentado oportunamente, para que la sentencia pudiera apreciarlo o bien, para que fuera glosado en los escritos de las partes o en los dictámenes; que todos estos hechos dan la impresión de que se hubiera tratado de simular la intervención de la demandante, por considerársele indispensable; que después

de concluido el juicio, el apoderado de doña Mercedes Muro, doctor Guillermo Espejo, a fojas quinientos cuarenticuatro, solicitó que le fuera notificado el cúmplase, habiéndose producido la razón ilegal de fojas quinientas cuarentiocho, en virtud de la cual aparece que no se notificaron a la demandante las resoluciones, por cuanto no apeló de la sentencia de Primera Instancia, olvidando lo prescrito en el artículo mil noventidós del Código de Procedimientos Civiles; que el recurso del apoderado de doña Mercedes Muro quedó desde mil novecientos diecinueve, sin proveerse; que simultáneamente con estas actividades de carácter legal, don Francisco Muro Pacheco, que utilizaba los servicios de su hermana doña Mercedes Muro en la administración de los bienes de la testamentaria, solicita el veinticuatro de Mayo de mil novecientos dieciocho "otra copia del expediente matrimonial", así como la partida correspondiente; que de nuevo la solicita con urgencia, en el mes de Agosto (fojas doscientas cuarenta y doscientas cuarentiuna), produciendo en esta forma, en su hermana, el sentimiento de confianza, de que estaría amparada, ya que la misma, abandonada del esposo, solicitó autorización judicial para reclamar contra la testamentaria de su padre natural (fojas quinientas cuarenta del cuaderno de declaratoria de herederos); que corre a fojas doscientas cuarentidós, solicitud de don Francisco Muro Pacheco, de cuatro de marzo de mil novecientos veintiuno, dirigida al gobernador de Ferreñafe, a fin de que se escuchara y atendiera las quejas que formulaba doña Mercedes Muro, encargada de los bienes de la Sucesión; que el primero de Diciembre de mil novecientos veintiocho, como puede verse de fojas doscientas cuarentitrés, el mismo doctor Muro Pacheco, autoriza a la demandante para que pueda cobrar los arrendamientos de las casas de la Sucesión por la parte que le corresponde, remitiéndole dinero en marzo de mil novecientos treintiocho; que en las cuentas del administrador de la testamentaría, que se refieren a los años de mil novecientos cuarentidós a mil novecientos cuarentitrés, aparece que se entregó a la demandante la tercera parte de la cobranza, lo que prueba que aquella estuvo en posesión de cobrar parte de la herencia; que la viuda de don Eleodoro Muro, en las cartas que corren a fojas doscientas cuarentisiete a fojas doscientas cuarentiocho, la denomina su "hermana"; que en el mes de Octubre de mil novecientos veintinueve, la señora Clara Canout de Muro, representante legal de sus hijos, la trata como a su cuñada solicitando datos sobre los arrendamientos de la testamentaría que le hubieran pagado; que en esta virtud, la ejecutoria de

trece de Agosto de mil novecientos veintiocho, en el procedimiento contradictorio, no pudo conferir a don Francisco, a don Eleodoro y a don Aureliano Muro Pacheco, la plena posesión de los bienes frente a su hermana doña Mercedes; que el juzgador fácilmente puede darse cuenta cómo fue utilizada la hermana en servicio de los bienes comunes, siguiendo el juicio, sin que se presentaran los documentos que conocían y que precisamente con tal fin le fueron pedidos por el más caracterizado de los hermanos; que en los autos fueron certificadas las notificaciones que no llegaban al poder de doña Mercedes Muro, quien por lo tanto, no se apersonó en los autos de contradicción, que seguían su curso en tanto ella se hallaba al cuidado de las tierras de la testamentaría en Ferreñafe, como puede verse en las comunicaciones de autos; que a fojas cuatrocientas treintirés, tanto el Agente Fiscal como el letrado (cuaderno de declaratoria de herederos), con gran sentido de justicia, denunciaron el "interés de monopolizar la herencia, sin omitir el crimen, ni la difamación"; que a fojas quinientas sesenticuatro, corre constancia de la denuncia del fiscal doctor Bernardo Checa, con fecha nueve de julio de mil novecientos treinta, contra Muro Pacheco y Samillán, por delito contra la fe pública; que conforme al Código Civil derogado los menores de edad, para contraer matrimonio requieren del consentimiento expreso del padre, el mismo que debe constar por escritura pública o por instrumento auténtico según lo dispuesto en el artículo ciento cuarentinueve del mencionado Código; que en el instrumento auténtico de autos se comprueba el consentimiento del padre para el matrimonio de su hija doña Mercedes de dieciséis años de edad, interviniendo además el párroco, el Notario Eclesiástico y los testigos, o sea con todos los requisitos solemnes exigidos por la Iglesia Católica, como se desprende claramente de la partida matrimonial de fojas una, requisitos semejantes a los que se exijen para el reconocimiento por escritura pública, que se equipara al instrumento auténtico aludido en el artículo ciento cuarentinueve del Código derogado; que este reconocimiento espontáneo, con la conciencia clara del acto que se realizaba está unido a la actitud de los hermanos y familiares, que participaban de la convicción profunda del padre respecto de su hija; que a mayor abundamiento, autoridades y personas de solvencia moral insospechada están de acuerdo con reconocer a la demandante como hija de don Francisco Muro Guevara según se desprende de los documentos que corren en autos; que todos estos hechos son suficientes para acreditar la cuasi-posesión

de estado que ha tenido siempre doña Mercedes como hija de Muro Guevara, aún después de la declaratoria de herederos; que sólo cuando interpuso las tercerías en mil novecientos treinticuatro y mil novecientos cuarenta, con citación de los obligados solidarios, discutiendo la enagenación de los bienes, se dio cuenta de la conducta desleal de que fue objeto, por lo que interpuso la presente acción; que no es fundada la prescripción que se invoca desde que élla ha sido interrumpida por el reconocimiento del título de demandante, en las cartas y cuentas de autos y los expedientes sobre tercería; que tal prescripción es inoperante por faltarle el requisito de la buena fe; que el plazo no se establece exactamente sino a partir del dos de Setiembre de mil novecientos cuarentisiete, fecha en que se realizó la división y partición, prescindiendo de la demandante; que si para declarar la prescripción entre comuneros, que no se hallan vinculados por la sangre, no se oponen mayores dificultades, no ocurre lo mismo cuando se trata de la herencia entre hermanos, que conociendo el legítimo título de uno de ellos, con el que no se compartió la administración después de la muerte del padre, es inaceptable el enriquecimiento de uno con desmedro de otros, o viceversa; que la institución de la prescripción tiene como esencia la buena fe, porque de lo contrario la ley patricinaría muy graves incorrecciones; que siendo un título inobjetable el reconocimiento hecho por el padre común las circunstancias que han rodeado a este caso, revelan que no ha existido la buena fe señalada, en relación a la posesión de la parte proporcional de los bienes en cuanto menoscaba el derecho de la hermana desposeída; que es inobjetable, además, que los colitigantes tenían conocimiento del título de la hermana, título que fue solicitado para presentarlo; que las tercerías, la instrucción contra Muro Pacheco y Edilberto Samillán, el expediente solicitando autorización judicial, el de emancipación de menores, etc., han interferido en el correr del tiempo; que pudiendo ser desheredado el descendiente, menor de edad, que se casa sin consentimiento del padre (inciso undécimo del artículo ochocientos treintinueve) y debiendo ser expreso el consentimiento paterno el derecho del hijo está invívito a la herencia, es decir que ya no puede ser desheredado; que aún cuando carece de sanción legal el no apelar de la sentencia, cuando la interponen otros demandados, es sintomático que de los catorce demandados, sólo cuatro interpusieron apelación de la sentencia de Primera Instancia; que dos de ellos se adhirieron, después del decreto de expresión de agravios en la Corte Superior; sin que apelaran de la sentencia, ocho de los demandados; que

por estas razones mi voto es por la nulidad de la sentencia de vista; debiéndose confirmar la de Primera Instancia.

Eguiguren.

Se publicó.— Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

Considerando: que ni el Juez, ni la Corte Superior al sentenciar han tenido a la vista ni apreciado el mérito de los juicios de tercería seguido por la demandante con Fratelli Cassinelli y otro y de contradicción seguido por Francisco Muro Pacheco con Virginia Muro y otros, ofrecidos como prueba y aceptados por proveídos de fojas ciento sesentiocho vuelta y trescientos setenta vuelta, por lo que, habiéndose incurrido en la nulidad prescrita en el incoso sexto del artículo mil ochenticinco del Código de Procedimientos Civiles: mi voto es porque se declare nula la sentencia de vista e insubsistente la de Primera Instancia, debiendo el Juzgado pronunciar nueva resolución con arreglo a ley.

Serpa.

Se publicó.— Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

Considerando: que, en Primera Instancia, a fojas ciento sesentisiete, doña Mercedes Muro de Gastelo ofreció como prueba, que fue aceptada por proveído de fojas ciento sesentiocho vuelta, los juicios de tercería que siguió con la firma Fratelli Cassinelli y con don Aurelio Recuenco; que, igualmente, en Segunda Instancia, el apoderado de don Francisco Muro Moreno, a fojas trescientas setenta ofreció como prueba, mandada tener presente por proveído de fojas trescientas setenta vuelta, el expediente sobre contradicción de sentencia seguido por el doctor Francisco Muro Pacheco con doña Virginia Muro de Castillo; que ni el Juzgado ni la Corte Superior al sentenciar han tenido a la vista ni apreciado el mérito de la prueba instrumental ofrecida y aceptada de que se ha hecho mención, incurriéndose así, en la nuliddad prevista en el inciso sexto del artículo mil ochenticinco del Código de Procedimientos Civiles; mi voto es porque, con lo expuesto por el señor Fiscal, se declare nula la sentencia de vista e insubsistente la de Primera Instancia, debiendo el Juzgado pronunciar nuevo fallo con arreglo a ley.

Bustamente Cisneros.

Se publicó.— Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

I, 20) *Para heredar es necesario existir o por lo menos estar concebido al tiempo de la muerte de la persona a quien se hereda.*

DICTAMEN FISCAL

Señor.

En la cláusula 6a. del testamento otorgado por doña María Mujica vda. de Echenique se dispuso que el 30°/o de los bienes, deducidos los legados y los relativos a la fundación se dividiese entre "sus sobrinos hijos de sus referidos hermanos".

Por consiguiente no menciona a sus sobrinos nietos a quienes representa el demandante don Ramón Venegas; y no tratándose de una sucesión legal, debe estarse a la voluntad de la testadora que tenía la libre disposición de sus bienes.

La demanda de Venegas es infundada. No hay nulidad en la sentencia de vista confirmatoria del apelado.

La demanda de Venegas es infundada. No hay nulidad en la sentencia de vista confirmatoria del apelado.

Lima, agosto 10 de 1940.

Araujo Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diciembre 13 de 1940

Vistos: de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, y considerando: que para heredar es necesario existir o por lo menos estar concebido al tiempo de la muerte de la persona a quien se hereda; que doña María Mujica vda. de Echenique dispuso de sus bienes, en su testamento, deducidos los legados y los dedicados a la fundación, dejando el 50°/o, por partes iguales, a sus cinco hermanos Martín Antonio, José, Cecilia vda. de Deacon, Isaura de Granadino y Herminia Mujica de Aservi, y el 30°/o a sus sobrinos, hijos de sus referidos hermanos, que eran, por tanto, sus sobrinos carnales, por estirpe y, entre los de la misma familia, por iguales partes: que doña Hortensia Deacon de Venegas, hija de la mencionada doña Cecilia,

falleció algunos años antes que la testadora, y no pudo, por consiguiente, heredarla, ni mucho menos trasmitir a sus hijos, sobrinos nietos de la testadora, derechos de que carecía y que son los que reclama su padre don Ramón Venegas: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 49, su fecha 23 de junio de 1939, confirmatoria de la de 1a. Instancia de fs. 25, su fecha 13 de octubre de 1938, que declara sin lugar la demanda interpuesta a fs. 1 por don Ramón Venegas, sin costas; dondenaron en la multa de 200 soles oro y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– BARRETO.– ZAVALA LOAIZA.– BALLON.– BENAVIDES CANSECO.– GARCIA MALDONADO.– Se publicó conforme a ley.– M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 801.– Año 1939.

Procede de Lima.

A. J.– 1939; pag. 122

I, 21) *La herencia, en ningún caso, puede perjudicar al heredero. Es infundada la demanda sobre ineficacia de la obligación contraída por mujer casada, si de la escritura aparece la declaración de que la suma que recibe a mutuo la emplea en su provecho.*

Recurso de nulidad interpuesto por don Virgilio Guerinoni, en la causa que sigue con la Sucesión de don Mario Razzeto, sobre contradicción de sentencia.– Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En la presente causa se han acumulado dos demandas paralelas. Por la primera, el Dr. Mario Razzeto por si y por su señora madre doña Rosa Razzeto y sus hermanas doña Graciela, doña Armida y doña María Elena Razzeto, contradice la sentencia dictada en el juicio ejecutivo que iniciara contra el demandante y sus representadas don Virgilio Guerinoni, sobre cobro de cantidad de soles. Se ha sostenido que doña Rosa Razzeto viuda de Razzeto nada debe al demandado, pues la mujer casada no es responsable de

las deudas del marido; y los herederos de don Oddone Razzeto, por su parte, han alegado que no habiendo bien alguno de su causante, tampoco responden de las deudas vigentes a su fallecimiento. La segunda demanda interpuesta a fs. 16 por la viuda de Razzeto, en su propio nombre y en el de su menor hija María Elena, por doña Armida Razzeto y por don José B. San Martín, en representación de su esposa doña Graciela Razzeto, tiende al mismo fin jurídico que la anterior, y ambas fueron acumuladas según aparece a fs. 57.

Hay dos cuestiones que conviene tratar separadamente.

Los herederos de don Oddone Razzeto han sostenido que no habiendo bien alguno, no responden de las deudas contraídas por su causante.

El principal efecto de la aceptación pura es que el heredero queda responsable de todas las deudas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios. Se opera en este caso una verdadera confusión de patrimonios, que se traduce en la continuación indefinida por el heredero de la personalidad de su causante. Artículo 756 del Código Civil derogado.

Al contrario de lo que ocurre en la aceptación de la herencia pura y simple, cuando ella se verifica con beneficio de inventario, no se confunden los patrimonios y la responsabilidad del heredero queda limitada al caudal de la herencia. Artículo 757 del mismo Código.

Este sistema ha sido abandonado en el derecho contemporáneo por innecesario y complicado. En el nuevo orden de ideas, el Código Civil peruano de 1936 establece en su art. 658, que la herencia en ningún caso, puede perjudicar al heredero; quedando así eliminado por inútil el beneficio de inventario. La bondad de la reforma instalada es clarísima. La herencia no es la continuación personal del causante por los herederos. Fallecido el autor sólo queda un patrimonio. La herencia es una entidad y es ella y no los herederos, la continuadora del causante.

Más el sistema clásico que adoptó en líneas generales el antiguo Código Civil en los mencionados artículos 756 y 757, sufre una desviación profunda en aquel Código. Según el artículo 758, la omisión del inventario no hace al heredero responsable de todas las deudas de la herencia, si los acreedores convienen en que no hubo más bienes que los designados por el heredero, o "si este lo prueba plenamente". El artículo citado permite al heredero que omitió el inventario, limitar su responsabilidad hasta la concurrencia de los bienes que heredó, a condición de probar que no existen otros que los designados por él mismo. La responsabilidad "ultra vires" vuelve así a restringirse en el Código de 1852, limitándose el sistema romano de la

continuación de la persona. La sucesión es un fenómeno meramente patrimonial reviviendo por obra de la ley, el beneficio de la separación de patrimonios, con independencia del beneficio de inventario.

De autos aparece (fs. 3 del cuaderno administrativo sobre liquidación del impuesto de sucesión), que los hijos de don Oddone Razzeto fueron declarados sus herederos. No consta que se hubiera practicado el inventario a que se refiere el art. 757 del antiguo Código Civil. Algo más todavía, las partes están de acuerdo en que no se formalizó el inventario judicial.

Así presentadas las cosas, la cuestión planteada se concreta a resolver si los herederos de Razzeto están amparados por el inciso 2o. del art. 758.

No tiene el suscrito vacilación para afirmarlo. Aunque es cierto que no se practicó inventario judicial, el precitado expediente sobre liquidación del impuesto de alcabala de herencia, acredita plenamente la insolvencia de la sucesión, hecho capital que sirvió de base a la resolución dictada a fs. 61 de ese procedimiento, por haberse acreditado que el causante de la sucesión no poseía ninguna clase de bienes a la fecha de su fallecimiento.

La circunstancia que aduce la resolución superior de fs. 95 de estos autos, en apoyo de la solución contraria, no tiene fundamento atendible, pues si la testamentaría conserva derechos sobre la mina "Rosa", esos derechos están sujetos a la responsabilidad proveniente de las deudas de la herencia, sin que se pueda concluir de dicho dato la responsabilidad personal e indefinida. Los herederos de Razzeto no han podido producir prueba más idónea en apoyo de su demanda que la resultante del expediente actuado en la Caja de Depósitos y Consignaciones. Esta prueba es bastante. Es la prueba legal indicada por la aplicación de la ley No. 2227. La liquidación del impuesto abre un procedimiento contradictorio y sus efectos son de evidente aplicación para definir la existencia de bienes.

A su vez, la señora Razzeto de Razzeto contradice la sentencia dictada en el cuaderno ejecutivo, alegando que la obligación que contrajo solidariamente con su esposo don Oddone Razzeto por la escritura pública corriente a fs. 1 del mencionado cuaderno, carece de eficacia conforme al art. 189 del antiguo Código Civil y a la ley interpretativa de dicho artículo de 23 de octubre de 1890. La sentencia de Primera Instancia de fs. 66 ha declarado sin lugar la acción de la señora Razzeto, pero este fallo ha sido revocado por la resolución superior de fs. 92. La sentencia de vista establece que no habiéndose indicado en la escritura de obligación el objeto específico a que se

destinó el préstamo, la obligación contraída por la señora de Razzeto es civilmente ineficaz.

En concepto del infrascrito hay error en la resolución de vista. La ley de 23 de octubre de 1890 tuvo por fin jurídico cortar los abusos a que se prestaba la aplicación literal del art. 189 del Código Civil derogado, creando al efecto una presunción *juris et de jure* en virtud de la cual el acreedor no está obligado a probar el provecho real de la mujer, ni esta puede aducir prueba alguna contra el tenor de la escritura. Según la ley mencionada, sólo se requiere para la validez de la obligación contraída, que se exprese en la escritura el objeto a que se destina la cosa que se recibe como causa de la obligación, y ambos requisitos se han llenado satisfactoriamente en la escritura cuya validez se controvierte. Como es de verse, la señora Razzeto declaró (cláusula 7a.) que la suma recibida a mutuo la emplea en su provecho; agregando la fe de entrega de la escritura, que la señora Razzeto recibió al firmarse la escritura en unión de su esposo don Oddone Razzeto, la cantidad mutuada. La declaración de la viuda de Razzeto en el sentido de que el mutuo lo emplea en su provecho, es legalmente bastante, careciendo de interés jurídico el fin específico a que se destinó la deuda, toda vez que el acreedor no está obligado a acreditar el destino real que se da al préstamo, ni la mujer casada puede ser admitida a probar en contrario. La cuestión es más verbal que de fondo. Cuando la mujer casada declara que la obligación que contrae se convierte en su provecho, está indicando con ello cual es su objeto. La ley requiere solamente una declaración de voluntad sobre el objeto y sobre ella erige la presunción absoluta como base de seguridad de los contratos. ¿Qué importancia tendría desde el punto de vista jurídico la indicación de un objeto específico, si la ley no obliga al acreedor a acreditar que realmente se invirtió la deuda en ese objeto, ni concede a la mujer el derecho de probar contra el tenor de la escritura?

Por las consideraciones expuestas soy de dictamen que se declare que HAY NULIDAD en la resolución de vista de fs. 92 y su complementaria de fs. 95 y que reformando dichos fallos, se revoque el de primera instancia de fs. 66 en cuanto declara sin lugar la contradicción de los herederos Razzeto, confirmándose en la parte que declara sin lugar la demanda de la viuda de Razzeto sobre ineficacia de la obligación por ésta contraída; salvo más ilustrado parecer.

Lima, mayo 23 de 1939.

Olaechea.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 10 de julio de 1939.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon HABER NULIDAD en la resolución de vista de fs. 92, su fecha 1o. de abril de 1938 y su complementaria de fs. 95, su fecha 9 de junio del mismo año, en cuanto revocando la de primera instancia de fs. 66, su fecha 12 de junio de 1936, declara infundada la demanda interpuesta por doña Rosa Razzeto de Razzeto: reformando la primera, confirmaron la segunda en esta parte que declara sin lugar la referida demanda: declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que la sentencia de vista contiene; y los devolvieron.

Barreto.– Santa Gadea.– Zavala Loaiza.– Cárdenas.– Velarde Alvarez.

Se publicó conforme a ley.

M. Arnillas O. de V., Secretario.

No. 785.– Año 1938.

A. J.– 1946; p. 125

I, 22) *El derecho a ejercitar las acciones de indemnización por tiempo de servicios, pago del valor de póliza de seguros, y de renta vitalicia por enfermedad profesional se rige por la legislación especial de la materia y no por las disposiciones del derecho común sobre herencia testamentaria o intestada.*

Recurso de nulidad interpuesto por Marcelina Fernández, en la causa que sigue con Moisés Borak sobre despedida del empleo.

Procede de Ayacucho.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Por tercera vez viene a la Corte Suprema la causa seguida por don Guillermo Florez Chávez con don Moisés Borak sobre beneficios de la Ley del Empleado e indemnización por accidente del trabajo. Durante la secuela

falleció el demandante bajo el régimen del testamento que otorgó en 24 de noviembre de 1942, cuyo testimonio corre a fs. ochentiséis.

La defensa de Borak sostiene que doña Marcelina Fernández, quien continuó el juicio en cumplimiento de lo dispuesto en ese testamento, carece de personería y que no existiendo cónyuge, descendiente ni ascendiente, el principal no está obligado a pago alguno, pudiendo beneficiarse con el monto del seguro oportunamente tomado a nombre del servidor fallecido.

Las sentencias de primera y segunda instancia, dictadas últimamente, y sobre las que va a pronunciarse el Tribunal Supremo, no están acordes en la resolución de los puntos sometidos a su conocimiento y decisión.

El punto principal, en mi concepto, es el que se refiere a la personería de doña Marcelina Fernández. Esta tiene perfecto derecho para continuar la acción iniciada porque así lo dispuso el testador, hasta le encargó hacer pagos de deudas existentes a su cargo, provenientes de la enfermedad contraída en servicio de Borak y de la defensa de los derechos a que el expediente se contrae. No se trata de cesión inter-vivos, que está prohibida por la ley, sino de transferencia de derechos y acciones para después de su muerte, cosa que es perfectamente legal. Nada impedía a don Guillermo Florez Chávez dictar disposiciones en orden a la defensa de los derechos que estaba reclamando; es humano que determinara quien debía continuar la cobranza y obtener el pago; y resultaría inmoral que el responsable quedara libre de toda obligación aprovechando para ello de la muerte del servidor, cuando precisamente el fallecimiento se debió a la enfermedad contraída en el trabajo, que hizo en provecho del principal.

Admitiendo la personería de doña Marcelina Fernández, toca estudiar los diversos aspectos de la cuestión. El demandado conviene, claramente, en que el demandante fue empleado, no obrero, y que ganaba un sueldo mensual de cincuenta soles; no niega que prestó servicios durante nueve años; está acreditado que dejó el trabajo por haber adquirido neumoconiosis que se convirtió en tuberculosis generalizada; está comprobado que la causa del mal fue el venteo de la cochinilla que desprende sustancias tóxicas; luego debe pagar a quien represente los derechos de don Guillermo Florez Chávez nueve medios sueldos por compensación de tiempo de servicios; está obligado a abonarle una indemnización conforme a la Ley de Accidentes de Trabajo ascendente a un año de sueldos ya que no es el caso de renta vitalicia, o sea la cantidad de seiscientos soles.

Hay una póliza de seguros tomada en 1941 (fs. cuarenticuatro) por la cantidad de un mil soles, póliza que caducó por falta de pago de las primas correspondientes, omisión imputable al principal, luego debe pagar el valor íntegro del seguro, sin que proceda ordenar el reembolso de las primas no pagadas puesto que éstas sólo tienen por objeto mantener la vigencia del contrato, y habría duplicidad, inaceptable, ordenando ambos pagos. El artículo segundo de la ley 8439 establece que en caso de muerte del empleado los beneficios de la ley 4916 y sus ampliatorias corresponden a los herederos y en defecto de éstos a la persona o personas que económicamente dependían de aquél. En el caso sujeto a decisión hay el testamento de fs. ochentiséis que favorece a doña Marcelina Fernández, y en ese testamento se deja expresa constancia de que ella ha sido la compañera que lo asistió y prestó todo servicio con voluntad, de manera que por ambas razones le corresponde percibir el monto del seguro, por aplicación de la referida ley No. 8439.

Por las razones que preceden, soy de opinión que la Corte Suprema puede servirse declarar que HAY NULIDAD en parte de la sentencia de vista de fs. ciento ochentidós; revocar también en parte la de primera instancia de fs. ciento cuarentiséis; resolviendo, en definitiva, que don Moisés Borak está obligado a pagar a doña Marcelina Fernández las siguientes cantidades: doscientos veinticinco soles por compensación de nueve años de servicios a razón de medio sueldo por año; seiscientos soles por indemnización conforme a la ley No. 1378 y un mil soles valor de la póliza de fs. cuarenticuatro con intereses legales a partir de la fecha del fallecimiento de don Guillermo Florez Chávez, (26 de noviembre de 1942) comprobado con la partida de fs. ciento once, hasta el día del pago; y, además, las costas del juicio por que ha carecido de motivos atendibles para litigar y ha hecho una defensa reñida con la verdad y la justicia.

Salvo mejor parecer.

Lima, 16 de octubre de 1946.

Calle.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 7 de noviembre de 1946.

Vistos: con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que en el

presente juicio se siguen conjuntamente dos acciones: una de pago de indemnizaciones por tiempo de servicios y entrega del valor de una póliza de seguros y otra relativa al pago de una renta vitalicia por haber contraído el actor, al servicio de la demandada, la enfermedad profesional denominada neumoconiosis que lo incapacita para el trabajo; que en el curso del juicio, falleció el demandante don Guillermo Flórez Chávez y lo ha proseguido su conviviente doña Marcelina Fernández, a quien el finado Flórez Chávez ha instituido su heredera, como aparece de su testamento que, en testimonio, corre a fojas ochentiséis; que una y otra acción se rigen por las leyes especiales que norman esas relaciones y no por las disposiciones del derecho común sobre herencia testamentaria e intestada; que si bien tratándose del pago de indemnizaciones por tiempo de servicios, por lo dispuesto en la ley número ocho mil cuatrocientos treintinueve, tiene derecho a ellos todo el que, como en el caso de doña Marcelina Fernández, acredite que dependía económicamente del servidor, no ocurre lo mismo respecto de la entrega del valor de la Póliza, de seguro y del pago de la renta vitalicia que según lo dispuesto, respectivamente, en la segunda parte del artículo tercero de la ley cuatro mil novecientos dieciséis y artículo veintiuno de ley número mil trescientos setentiocho, sobre accidentes de trabajo, son acciones que sólo deben ejercitar los parientes que en esas disposiciones se indica: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento ochentiuna, su fecha cinco de agosto de mil novecientos cuarentiséis, expedida en el juicio seguido por don Guillermo Flórez Chávez, hoy doña Marcelina Fernández, con don Moisés Borak, sobre pago de indemnizaciones del empleado, en la parte que confirmando la apelada de fojas ciento cuarentiséis, su fecha diecisiete de junio del mismo año, declara fundada la demanda respecto al cobro de las primas de la Póliza de Seguros y al de la indemnización por enfermedad profesional: reformándola en este punto y revocando la de primera instancia: declararon infundada también en esa parte la demanda y, en consecuencia, que don Moisés Borak sólo debe pagar a doña Marcelina Fernández la suma de doscientos veinticinco soles por compensación de los servicios prestados por Flórez Chávez; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que la sentencia recurrida contiene; y los devolvieron.

Portocarrero.— Samanamud.— Cox.— Eguiguren.— Checa.

Se publicó conforme a ley.

Jorge Vega García, Secretario.

Cuaderno No. 1748 de 1946.

R. J. P.– 1969; p. 1129
PENSION DE MONTEPIO.– Naturaleza.– Pérdida.

I, 23) *Tiene derecho a pensión de montepío la viuda de un funcionario público, aún cuando no hubiera estado casada más de un año ni tuviera descendencia de éste. La pensión de montepío no constituye derecho hereditario.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. No. 335/69.– 1ra. Sala.– Procede de Lima.

Señor:

Doña Flora Blees Ramírez, por su recurso de fs. 3 demanda al Estado, para que se declare la nulidad de la Resolución Suprema de 14 de abril de 1965, por la que se declara que no tiene derecho a gozar de la pensión de montepío causada por su esposo Leoncio de la Torre Naupuru, como empleado del Ministerio de Fomento.

El Procurador General de la República, contesta a f. 5, en forma negativa, alegando quela actora está incursa en lo dispuesto por el art. 2o. inc. a del Decreto Supremo de 27 de marzo de 1947; y que la demandante contrajo matrimonio el 24 de julio de 1964, y el contrayente falleció el 13 de agosto del mismo año, y en todo caso debe acreditar que existen hijos comunes.

La sentencia de 1a. Instancia de f. 28 ampara la demanda, y la recurrida de f. 42 la revoca.

Es cierto, que, a tenor de lo dispuesto en el art. 770 del C.C. la demandante, no es heredera forzosa ni legal de don Leoncio de la Torre; pero es igualmente cierto que como lo afirma la sentencia de 1a. Instancia, la pensión de montepío no constituye derecho hereditario, no forma parte de la masa hereditaria, sino, que es un instituto jurídico de naturaleza especial. En efecto el heredero hace suyo el activo patrimonial de su causante, pero está obligado a responder por las deudas del mismo, salvo las excepciones establecidas por la ley. El montepío está constituido por los sucesivos descuentos que se hacen al servidor, con la finalidad específica de entregar, su monto, cuando se produzca el fallecimiento, a las personas que específicamente señala la ley, y no a los herederos del mismo. La herencia es

renunciable, la pensión de montepío no. Por consiguiente, las reglas que rigan la herencia, no son aplicables a los casos de montepío.

La partida de f. 36 prueba que al pensionista Leoncio de la Torre, contrajo matrimonio con la demandante, y tiene derecho a gozar de la pensión de montepío, causada por aquél.

El demandado no ha actuado prueba para demostrar que la demandante contrajo matrimonio con la finalidad de lucrar la pensión que se litiga, y por el contrario ésta ha acreditado haber convivido con el causante por más de 20 años.

Hay nulidad en la recurrida, reformándola, procede confirmar la de 1a. Instancia.

Salvo mejor parecer.

Lima, 3 de Setiembre de 1969.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diecinueve de setiembre de mil novecientos sesentinueve.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; y considerando además que el inciso "a" del artículo segundo del Decreto Supremo número veintitrés de veintisiete de marzo de mil novecientos cuarentisiete no es aplicable al caso de autos por no haberse comprobado que el causante hubiera sido persona conocidamente enfermo al contraer matrimonio: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuarentidós su fecha nueve de mayo del presente año, que revocando la apelada de fojas veintiocho, su fecha veintinueve de octubre de mil novecientos sesentiocho; declara infundada la demanda de nulidad de resolución interpuesta a fojas dos por doña Flora Blees Ramírez viuda de De La Torre contra el Supremo Gobierno, reformándola: confirmaron la de Primera Instancia que declara fundada dicha demanda, con lo demás que contiene; y los devolvieron.— MAGUIÑA SUERO.— VIVANCO MUJICA.— ALARCON.— PONCE MENDOZA.— NUÑEZ VALDIVIA.— Se publicó.— Ricardo La Hoz Lora.— Secretario.

R. J. P.– 1954; p. 1379

RETRACTO DE COLINDANCIA.– Derecho de los herederos.

I, 24) El derecho a interponer acción de retracto por colindancia no se trasmite por herencia.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1341/58.– Procede de Arequipa.

Señor:

El Juzgadode Primera Instancia de Arequipa, por sentencia de fs. 130, ha declarado infundada la demanda interpuesta por don Mauro y don Guillermo Zúñiga Fernández contra doña Escolástica Urday Morán y otros, sobre retracto. Apelada dicha sentencia, el Tribunal Superior, la confirmó, en parte. Contra esta resolución, se ha interpuesto recurso de nulidad.

De autos aparece que, por recurso de fs. 1, don Mauro y don Guillermo Zúñiga Fernández interponen demanda contra doña Escolástica y doña Guillermina Urday Morán, como vendedoras y contra doña Alicia Mercedes Velarde, como compradora, sobre retracto respecto de la venta de los terrenos denominados "La Oyada" y "Morán", ubicados en el distrito de Iray, comprensión de la Provincia de Condesuyos, fundándose en el hecho de la colindancia. En el acto del comparendo de fs. 29, los demandados negaron y contradijeron la acción, manifestando no ser ciertos los hechos en que se apoya la demandada, pues, los actores no son colindantes del terreno, materia de la acción, por no ser propietarios de ningún inmueble que sea colindante. Apreciando el mérito de la prueba reunida, se advierte que, en efecto los actores no han acreditado, en el curso del proceso, ser propietarios de algún terreno que mantengan colindancia con los inmuebles, materia del retracto y, además los derechos que invocan, derivan, de su calidad de herederos de su abuela doña Martina Morán vda. de Fernández, pero tal declaración de herederos ha sido efectuada, con posterioridad, a la interposición de la demanda, por lo que conforme a ley, los actores carecen de derechos para interponer retracto, puesto que este derecho no pasa a los herederos. En consecuencia, estando a lo que aparece de autos y, compartiendo los fundamentos de los fallos expedidos por las instancias inferiores este Ministerio es de opinión que se declare, NO HABER NULIDAD en la

recurrida.

Lima, 25 de junio de 1959.

Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dieciséis de noviembre de mil novecientos cincuentinueve.

Vistos: por los fundamentos pertinentes del dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento cuarenticinco vuelta su fecha veintidós de setiembre de mil novecientos cincuentiocho, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas ciento treinta, su fecha cinco de agosto del mismo año, declara infundada la demanda de retracto interpuesta a fojas una por don Mauro Zúñiga Fernández y otro contra doña Escolástica Urday Morán y otros; con lo demás que la recurrida contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– SAYAN ALVAREZ.– MAGUINA SUERO.– TELLO VELEZ.– VALDEZ TUDELA.– EGUREN.– Se publicó.– Walter Ortiz Acha, Secretario.

R. J. P.– 1963; p. 366.

FILIACION ILEGITIMA.– Vocación hereditaria.– Nulidad de sentencia.

I, 25) *1.– La falta de reconocimiento voluntario de un hijo ilegítimo ni el hecho de haber sido obtenida la declaración de filiación judicial, después de la muerte del padre, priva de los derechos hereditarios que reconoce la ley a esta clase de descendientes.*

2.– No es causal de nulidad de una sentencia la falta de pronunciamiento sobre la impugnación de un documento, cuando esta se ha hecho valer sólo como un medio de defensa, más no en vía de reconvención ni como tacha al mismo.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 357/62. Procede de San Martín.

Señor:

Por resolución de 13 de junio de 1960, se declaró herederos legales de don Alejandro Noriega Iglesias, fallecido el 28 de enero de 1957, a sus 14 hijos ilegítimos don Javier, don Severo, doña Sara, don Humberto, doña Zoraida, don Wilfredo, don Orlando y don Oscar Noriega Vásquez, doña Angélica, don José Alberto, don Hildebrando, don Adolfo y doña María Noriega Ruiz, y don Sanler Benedicto Noriega Arbildo, dejando expresamente a salvo el derecho de las interesadas doña María Cecilia y doña Luzmila Noriega Ruiz para que lo ejerciten en la vía correspondiente.

Estas dos últimas interesadas, doña María Cecilia y doña Luzmila Noriega Ruiz, interpusieron demanda contra los 14 herederos al principio nombrados, para que se declare la paternidad ilegítima. El juicio terminó con la sentencia ejecutoriada el 4 de abril de 1961 que reconoció su filiación, como hijas ilegítimas del padre común don Alejandro Noriega Iglesias.

Premunidas del título que les reconoce esta sentencia, doña María Cecilia y doña Luzmila Noriega Ruiz ejercitan acción reivindicatoria para que se declare su derecho a concurrir a la herencia con los 14 herederos ya declarados. Los hermanos Noriega Ruiz convienen en la acción; pero el hermano Noriega Arbildo y los hermanos Noriega Vásquez niegan los fundamentos de la acción, manifestando que las actoras no han sido reconocidas espontáneamente y que la declaración de paternidad había sido obtenida después de la muerte del causante y, por lo tanto, no habían adquirido derecho a heredar.

El 30 de diciembre de 1961, el Juzgado de Moyobamba expide sentencia de fojas 39 vuelta que declara fundada la demanda. El 5 de mayo del presente año 1962, a fojas 66, la Corte Supreior confirma la sentencia, habiéndose interpuesto recurso de nulidad por don Severo Noriega Vásquez.

La acción procede con arreglo a los artículos 663 y 772 del Código Civil y se encuentra plenamente acreditada con la sentencia de reconocimiento de la paternidad ilegítima anotada en las partidas de nacimiento de fs. 1 y fs. 2.

La nulidad de dichas partidas no ha sido propuesta como reconvención ni mediante la tacha en forma que permite el art. 406 del Código de Procedimientos Civiles, sino como una alegación de defensa, pues en el recurso de fs. 27 sólo se concluye pidiendo tener presente su falta de valor probatorio, por lo que no se requiere resolución expresa al respecto y, en consecuencia, no se ha incurrido en vicio que anule el proceso.

Por tales consideraciones, este Ministerio es de parecer que se declare no HABER NULIDAD en la sentencia de vista confirmatoria de la apelada que declara fundada la demanda.

Lima, 25 de setiembre de 1962.

Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinticinco de octubre de mil novecientos sesentidós.

Vistos: de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesentiséis, su fecha cinco de mayo del presente año, que confirmando la apelada de fojas treintinueve vuelta, su fecha treinta de diciembre de mil novecientos sesentiuno, declara fundada la demanda de petición de herencia interpuesta a fojas cuatro por doña María Cecilia Noriega Ruiz y otra contra don Javier Noriega y otros; y en consecuencia, que los demandantes son también herederos de don Alejandro Noriega Iglesias como hijos ilegítimos; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— SAYAN ALVAREZ.— MAGUIÑA SUERO.— CEBREROS.— VALDEZ TUDELA.— GARCIA RADA.— Se publicó.— Lizandro Tudela Valderrama.— Secretario.

I.— DE LA SUCESION EN GENERAL.— DISPOSICIONES GENERALES.

La vocación sucesoria sólo tiene efecto desde la muerte del causante. Es el precepto que aparece en el art. 657. Al respecto la ejecutoria I, 1) de 23 de setiembre de 1961, aplica esta regla al resolver que no puede ser considerado como heredero quien no haya sobrevivido al *de cujus*. En idéntico sentido la ejecutoria 1, 3) de 26 de octubre de 1940 se pronunció sobre el caso de muerte del causante cuando vivían sus herederos legales, sus hermanos, no habiendo empero solicitado declaratoria de herederos, y habiendo fallecido, por lo cual pretendió la herencia un sobrino del causante (hijo de una de sus hermanas), resolviendo la ejecutoria que debía corresponder a los hermanos, y por haber fallecido a los herederos de éstos, a quienes competía solicitar la declaratoria

de herederos, para obtener las partes hereditarias respectivas que correspondían a las hermanas del causante, del cual eran herederas, y a sobrinos del causante, por aplicación de la representación instituida en el art. 680. Es decir, que lo que consideró la ejecutoria fue la fecha del fallecimiento del causante y la sobrevivencia entonces de personas con llamamiento sucesorio. A esta virtud se tuvo en cuenta el principio de *capacitas heredis spectari debet morti, id est, delatas hereditis tempore.*

En idéntico sentido, en el fondo, la ejecutoria I, 2) de 20 de setiembre de 1963 decidió que desde la muerte se trasmiten a sus herederos la propiedad y posesión del causante (art. 657).

El derecho que viene a corresponder al heredero concierne a la propiedad y posesión de los bienes y derechos que constituye la masa hereditaria (art. 657). Esto significa que hay derechos que son personalísimos y como tales no se trasmiten hereditariamente. Al respecto la ejecutoria I, 24), de 16 de noviembre de 1959, resolvió que el derecho a interponer una acción de retracto no se trasmite por herencia. Es de recordar el art. 1448, que indica que el derecho a ejercitar el retracto no puede cederse ni pasa a los herederos. La ejecutoria no cita el art. 1448, pero el juzgador lo debió tener en cuenta.

En la ejecutoria I, 21), de 10 de julio de 1939, según aparece de la sumilla en su tercera parte, se consagra el principio de que el heredero no responde más allá de lo que puede obtener por concepto de herencia, es decir consagra el principio de "inter vires" y, por lo tanto la eliminación del principio de "ultra vires". Este último era el que imperaba en el Código anterior y era preciso que el heredero hiciese la reserva del beneficio de inventario para que la responsabilidad que le podía alcanzar no superase a lo que importaba el beneficio hereditario respectivo. La solución que da la ejecutoria I, 21) encuentra apoyo legal en lo mandado en el art. 658 del Código.

La ejecutoria I, 5) de 19 de Agosto de 1941, se refiere al caso de reivindicación de herencia. Al fallecimiento del causante se declaró su heredera universal a su hermana, renunciando a la herencia, expresamente, otros presuntos herederos. Los hijos de uno de estos herederos renunciantes entablaron acción reivindicatoria por los derechos que correspondían a su padre, que como se ha dicho antes renunció a la herencia. La resolución de la ejecutoria es en el sentido de que es improcedente la acción. La renuncia a la

herencia es definitiva. Por lo tanto no puede revivir por decisión en contrario adoptable por el mismo renunciante y por lo tanto con mucho menor razón ello sería posible por obra del heredero del renunciante este heredero no puede tener un derecho mayor que su propio causante.

La ejecutoria I, 6) de 10 de Noviembre de 1949 se refiere a una acción reivindicatoria de herencia, como se la llama en la sumilla. En realidad se trata, hablando con más propiedad de una acción petitoria de herencia, tratado en los arts. 662, 663, 664. Esta acción petitoria, tiene por objeto que se reonozca el *jure haeredis* del actor, ya eliminando a otra persona que ha sido declarada heredera, pero cuya vocación debe declararse nula ante la preferente del actor, ya concurriendo con esa última persona (así, la hipótesis del art. 663). En la ejecutoria citada se trata del primer caso, pues el actor ostenta un título en grado preferente, como hijo del causante, al título del demandado, como sobrino del mismo causante. La reivindicación es una modalidad y consecuencia aneja a la reivindicación, es un resultado que deriva de la acción petitoria, en cuanto el actor victorioso obtiene junto con el derecho que se le reconoce como heredero, el de que se le considere, propietario y poseedor (ya mediato o inmediato) de los bienes de la herencia. El asunto planteado sobre la prescripción opuesto a la acción, es resuelto en la ejecutoria acertadamente. Conforme al art. 662 el plazo para la prescripción de la acción petitoria es de 20 años. La cuestión debatida fue desde cuando se cuenta esa acción; es decir la fijación del *"dies ad quó"*. No se debe contar el plazo desde que falleció el causante, sino desde que se declaró heredero a la persona contra la cual se hizo la declaración de heredero, contra la que precisamente se reclama por la acción petitoria. En efecto, ¿contra qué se reclama? Contra el hecho de que otra persona obstente el título hereditario. Sólo pues desde que sobrevino la causa que justifique la acción contra tal hecho producido, comienza a correr la prescripción.

En la ejecutoria I, 7) de 14 de Mayo de 1961 se hace distinción entre acción reivindicatoria propiamente dicha y acción petitoria, cuando en uno de sus considerandos se dice que "la restitución de la herencia que se pretende no importa una acción reivindicatoria propiamente dicha, ya que no se acciona contra un tercer adquiriente a título particular, sino una acción petitoria de herencia dirigida contra un coheredero. Esto es perfectamente correcto, y así se corrige la impropiedad verbal del art. 662 que habla de acción reivindicatoria, cuando de lo que se trata es de una acción petitoria.

Mas la ejecutoria habla después, empero, de "acción reivindicatoria", considerada como acción real por el art. 662, mientras que para la acción a que se refiere el art. 663 dice que entonces sí se trata de una acción petitoria y que ella es imprescriptible. En realidad tanto la acción del art. 662 como la del art. 663, es petitoria, en cuanto pretende que se reconozca el *jure hereditari* del actor, ya sea eliminando al que la ha obtenido antes, ya concurriendo con él, como se ha sido dicho. En uno y otro supuesto, de ampararse la acción tiene el actor derecho, como consecuencia, a la propiedad y posesión del patrimonio hereditario, como se ha dicho antes (de ahí que se hable de reivindicación; se habría podido hablar de restitución). La diferencia entre los supuestos de los arts. 662 y 663 en cuento a la prescripción en relación al primero y la imprescriptibilidad en cuanto al segundo, no significa una diferencia en lo que respecta a la naturaleza de la acción.

En la ejecutoria I, 8) de 4 de mayo de 1960, se dice en uno de sus considerandos que la ley no autoriza la adquisición de la herencia por prescripción. Por la prescripción en el sentido de una *usucapio* se adquire el dominio de un bien, por la posesión durante cierto lapso y según haya necesidad de buena fe y justo título (prescripción ordinaria) o no la haya (extraordinaria). No se puede adquirir un título, como es el título sucesorio. Por eso es que la acción para que se declare el "status" hereditario es imprescriptible, y ello puede ocurrir, desde luego, cuando no ha habido declaración hereditaria en favor de otra persona. Pero aun puede la acción petitoria de herencia proceder en cualquier tiempo, aunque haya sido declarado antes otra persona como heredero, quedando esta declaración sin valor, cuando la vocación hereditaria del peticionario es de mayor categoría como legitimidad activa, que la del anteriormente declarado heredero, o quedando esa declaración disminuida en su significado si el nuevo peticionario tiene el mismo rango de vocación hereditaria que el anterior heredero declarado (concurrencia sucesoria). De modo que la no operatividad de la *actio petitoria*, en cuanto reivindicación en el supuesto del art. 662 sólo concierne al aspecto de la reivindicación que lleva consigo dicha acción petitoria. Es decir, que el Código ha querido atribuir un título en favor del heredero contra el que se dirige la acción, en el supuesto del art. 662 (en que los rangos de vocación hereditaria son distintos), para que pueda usucapir, viniendo a ser dueño y eliminando el derecho del accionante en cuanto al efecto

reivindicatorio. Es un caso especial de usucapion. No se requiere averiguar sobre si el título es justo o no lo es (por su naturaleza *"pro herede"*, lo es) o de la buena o mala fe. Basta simplemente el transcurso de veinte año. No creemos tampoco que sea necesaria la posesión material de los bienes, pues de acuerdo a la declaración de herederos corresponde a éstos "de jure", la posesión. Es un derecho de prescripción adquisitiva de suigeneridad frente a la reivindicación planteada, ya que la acción de reivindicación es por principio imprescriptible. Por lo tanto, esta usucapion en favor del heredero demandado no opera en el caso del art. 663, como lo dice expresamente este precepto. En tal sentido se han pronunciado las ejecutorias I, 11) y I,12), de 12 de setiembre de 1956 y 21 de diciembre de 1956. De otro lado, una acción reivindicatoria contra el que posee un bien sólo *pro posessere* y no *pro heredo*, es decir, ajena a los supuestos a que conciernen los arts. 663 y 664, no estaría sujeta a la prescripción de los veinte años de que habla el art. 663, pues esta prescripción (usucapion) sólo se da cuando se trata de una reivindicación como aneja a una petición de herencia, y éste sólo se da cuando un heredero con mejor vocación o con igual vocación, dirige su acción contra alguno que aparece como propietario de los bienes hereditarios de que trata.

La ejecutoria I,9), de 29 de marzo de 1963, es acertada al declarar que la acción petitoria de herencia es distinta de la contradicción a que se refiere el art. 1086 del C.P.C. Esta ejecutoria I, 9) viene así a modificar el criterio que aparece expresado en las ejecutorias I, 10) de 6 de abril de 1959 en cuanto en la vista fiscal de la ejecutoria I, 10) se expresa que para que proceda la petición de herencia es preciso que quien interponga la acción tenga la condición de heredero. Si así fuera sería ya innecesaria la *petitio hereditatis*, pues se pretendería un título que ya se tiene.

La ejecutoria I, 13) de 12 de Noviembre de 1949, es digna de considerarse, aunque se refiera a una situación hereditaria generada cuando regía el Código de 1852. Se refiere a una demanda de reivindicación de un heredero instituido como tal por testamento, contra un tercero que adquirió una parte del bien del otro coheredero, que así dispuso de esa parte que correspondía al primer heredero aludido. En este caso se debe destacar que no sería pertinente considerar que se trata de una petición de herencia, sino sólo de una acción reivindicatoria. No sería, pues, del caso considerar que el asunto tuviese relación con el segundo apartado del art. 664. Por eso aun dentro del caso como el que fue objeto de la ejecutoria procedería la acción

salvo que el comprador pudiese oponer la excepción de usucapion. El segundo apartado del art. 664 concierne a una petición de herencia con reivindicación, presentándose la circunstancia de que el bien reivindicable ha pasado a poder de tercero por título oneroso, en cuya hipótesis y si ocurrió la circunstancia de que el heredero primeramente declarado hubiese entrado en posesión de la herencia, sucede entonces que al tercero no le alcanza la reivindicación. "Contrario sensu", sí le alcanza la reivindicación si fue adquiriente a título gratuito, salvo que pueda oponer la usucapion, por aplicación de las reglas generales en cuanto a esta última figura.

La ejecutoria I,15) de 13 de Agosto de 1951, es un caso de aplicación del art. 664, primera parte, en lo relativo a los frutos. Sobre el particular el Código en esta materia instituye un régimen propio (el régimen general es el de los arts. 834 y 841). En el caso de reivindicación con concurrencia de la acción petitoria, cuando la acción comprende al tercer adquiriente, no interesa la buena o la mala fe: el tercero debe responder por los frutos percibidos, según dice el precepto legal citado. La ejecutoria pone otra condición: la citación con la demanda petitoria. Con ello se restringe la aplicación de la responsabilidad por los frutos, en el sentido de que no se responde por los frutos percibidos antes de la citación con la demanda, o sea, que a pesar de que la ley no ha querido distinguir entre buena o mala fe, la ejecutoria llega a ese resultado, en cuanto es por la interpelación judicial que el adquiriente del bien resulta sujeto a la obligación del pago de los frutos, pues desde entonces puede ser reputado como poseedor de mala fe.

Lo que constituye el patrimonio hereditario es el que tuvo el causante a su muerte. No se altera en cuanto a esa constitución por el hecho de la llamada delación sucesoria. Si un bien que es objeto del patrimonio hereditario está afectado por una determinada relación preestablecida grava ese bien o importa una restricción dominal al *status* del bien, pasa este al heredero sin modificación al respecto. A lo anterior responde la ejecutoria I, 16) de 6 de Noviembre de 1944, en cuanto la sucesión se refirió al dominio útil de un bien (fiteusis), debiendo respetar los derechos del dominio directo, que vienen a constituir así una correlativa obligación de los herederos. La situación del heredero no puede mejorar en relación a lo heredado, porque el primero no la puede transmitir más derechos que los que tiene a su muerte.

La ejecutoria I,17) de 6 de Setiembre de 1944, consagra algo elemental en cuanto a la sucesión: la producción del evento de la muerte de una persona

y la existencia con vida del que hereda *viventis nulla hereditas*. Sobre esto, también cabe considerar la ejecutoria I,2), de 20 de setiembre de 1963, antes citado.

La ejecutoria I,18), de 29 de Mayo de 1944 se refiere a una acción de reivindicación de herencia, en cuanto después de haberse declarado herederos legales a los hermanos del causante y al cónyuge, se presentan los actores por esa acción reivindicatoria los instituidos por testamento como herederos voluntarios del causante. La acción se declaró fundada. Empero, llama la atención que se expidiera tal resolución siendo así que había un heredero forzoso, el cónyuge supérstite, de tal modo que sólo cabía asignación testamentaria por tercio de libre disposición de acuerdo al art. 700. En cuanto a los frutos, la decisión se ajustó a lo dispuesto en el art. 664, que recoge lo ordenado en el Codex: *fructus bonae. fidei possesores reddere cogendi non sunt*

La ejecutoria I,19) de 22 de setiembre de 1953, se refirió a una acción petitoria de herencia, iniciada por María Mercedes Muro Guevara de Castillo contra los herederos de don Francisco Muro Guevara, para que se le reconociese derecho hereditario como hija ilegítima de dicho don Francisco concurrentemente con otros herederos ya declarados como tales. La ejecutoria desestimó la demanda por no haberse acreditado tal calidad de hija ilegítima pues no hubo reconocimiento por el padre por ninguno de los modos taxativamente indicados en el art. 238 del Cod de 1852, aplicable al caso. Es de pensar que así considerado el asunto, la acción planteada en base del art. 662 del Cod actual (acción petitoria de herencia) era infundada, y en tal sentido se pronunció acertadamente la ejecutoria. La *actio de hereditatispetitione* tiene por objeto el que se reconozca el carácter de heredero que corresponde al peticionario, es decir, su *jus succedendi*, y como consecuencia la reivindicación de la parte (o del todo) que le corresponde en la herencia. Frente a lo que resultaba del art. 238 del Cod anterior, aplicable, no cabía reconocer ese carácter antes aludido a la actora, es decir, que le faltaba la necesaria legitimidad activa.

La ejecutoria I,20) de 23 de Setiembre de 1940 establece que para heredar es necesario existir o por lo menos estar concebido al tiempo de la muerte de la persona a quien se hereda. La solución es indiscutible, pues de no ser así no se podría hablar de una situación referente a un *de cujus heredita is agitur*. En cuanto a la indicación específica de que pueda considerarse con vocación hereditaria a un *nasciterus*, ello se apoya en lo

indicado en la segunda parte del art. 1.

La ejecutoria I,4), de 22 de Noviembre de 1956, hace funcionar el art. 1830, primera parte, para someter la herencia al Cod anterior, por haber fallecido el causante bajo su vigencia. Por ello la ejecutoria negó al consorte supérstite derecho a la herencia, en base al art. 760 del Cod actual. El anterior Cod no instituyó la respectiva delación uxoria, y únicamente concedió la cuota viudal dentro de las condiciones del art. 918 y s. de ese Cod. de 1951. El principio mismo contenido en la ejecutoria es indiscutible, ya que la herencia, en general, tiene que regirse por la legislación vigente en el momento de la muerte de la persona respectiva, pues es en ese momento que se origina la apertura de la herencia y sobre todo "el hecho jurídico eficiente al cual la sucesión se vincula" (Messineo). Antes no hay, no puede haber, propiamente hablando, una persona *de cujus hereditate agitur.* Una nueva legislación no puede aplicarse *ex tunc.*

La ejecutoria I,21), de 10 de julio de 1939 antes tratada consagra el principio incorporado a nuestro Cod. en el art. 658, en cuanto descarta la posibilidad de una herencia *damnosa.* El heredero no responde sino hasta donde alcance el caudal relicto. Es decir, que implanta el criterio de la responsabilidad limitada *pro viribus hereditatis* y no el criterio del antiguo Cod., de una responsabilidad *cum viribus hereditatis.* Como lo explica la Vista Fiscal de Olaechea, "la herencia no es la continuación personal del causante por los herederos. Fallecido un autor sólo queda un patrimonio. La herencia es una entidad y es ella y no los herederos, la continuadora del causante".

En relación a este punto, de que el heredero no responde por deudas del causante sino hasta donde alcance el patrimonio sucesorio, nos remitimos a la ejecutoria XIII,7).

Deseamos agregar algunas anotaciones más, tomadas del libro del Doctor Romuño Lanatta ("Derecho de sucesiones"). Con relación a las ejecutorias I,1) y I,2), ha escrito Lanatta (p. 214) que el Código, apartándose del anterior, al no exigir ministración judicial de la posesión hereditaria, ha adoptado el sistema de la *saisine* francesa. Con relación a la ejecutoria I,29), es conveniente destacar que el art. 658 habla tanto de deudas como de cargas de la herencia. Como lo explica Lanatta (p. 260-1), las deudas respectan a obligaciones contraídas por el causante, originándose antes de su muerte, en tanto que las cargas son los gastos sobrevinientes por razón de dicha muerte, es decir, que se originan posteriormente a la *delatio hereditatis.*

II

INCAPACIDADES PARA SUCEDER

R. J. P.– 1956; p. 1459

INDIGNIDAD PARA SUCEDER.– Suspensión del procedimiento de declaratoria de herederos

II, 1) *Debe reservarse la resolución del procedimiento de declaratoria de herederos hasta que termine la instrucción abierta por el homicidio del causante, en la que aparece como inculpado uno de sus herederos, aún cuando en los informes del Agente Fiscal y del Juez Instructor se lo excluya de toda participación en el hecho delictuoso.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 895/53.– Procede de Junín.

Señor:

Se ha seguido el procedimiento de declaratoria de herederos del que fue don Augusto Cárdenas Cisneros, fallecido trágicamente el 26 de octubre de 1951, en el distrito de Sapallanga, de la provincia de Huancayo, según partida de defunción de fs. una. Se han presentado como pretendientes a la herencia, Victoriano Sotelo Cárdenas, sobrino y Dionisia Murillo Valenzuela, hijastra. Pero esta última apoya su pretensión en haber sido hermana uterina del menor Andrés Cárdenas, hijo intestado, que fue victimado juntamente con su padre, según la instrucción acompañada. La Murillo quiere ser la única heredera, apoyándose en que el otro interesado, Victoriano Sotelo, fue el director intelectual del asesinato de las indicadas personas, ya que él tenía interés en apoderarse de los bienes de su tío. La instrucción pedida ha llegado a su término sólo en primera instancia; y los informes finales del Agente Fiscal y Juez Instructor son favorables al encausado Sotelo, a quien excluyen de toda participación en el hecho delictuoso. Al respecto sólo falta la opinión del Fiscal y la resolución del Tribunal Correccional. Tal situación no puede paralizar el procedimiento de vista, que debe ser resuelto, en mi concepto, de acuerdo con las pruebas actuadas.

Del expediente sobre declaratoria de herederos, ofrecido como prueba, en estos autos, aparece: que doña Eudosia Felicia Murillo Valenzuela, que se presenta también con el nombre de Dionisia, siguió la declaratoria de herederos de su hermano uterino Andrés Cárdenas, hijo del causante. Pero como no se ha probado cual de los dos falleció primero, es de aplicación al

caso el art. 7o. del C.C., debiendo, por lo tanto, tenérselos como fallecidos al mismo tiempo, sin que entre ellos haya trasmisión de derechos hereditarios. De manera que la pretendiente a la sucesión de Agripino, queda legalmente excluida de esta herencia.

El llamado a heredar es Victoriano Sotelo Cárdenas, quien ha acreditado su derecho con prueba instrumental fehaciente, como sobrino carnal del intestado, con las partidas de fs. 16 (bautizo del pretendiente, hijo legítimo de Fco. Sotelo y Rosalía Cárdenas, ésta hermana de Agripino); fs. 15 (partida de matrimonio de los padres de Victoriano); fs. 17 (defunción de Rosalía Cárdenas de Sotelo); fs. 20 (partida de bautismo del intestado Agripino, hijo legítimo de Juan Cárdenas y Micaela Cisneros); fs. 25 partida de bautismo de Rosalía Cárdenas. Aunque se ha omitido presentar la partida de matrimonio de Juan Cárdenas y Micaela Cisneros, padres de Agripina y Rosalía Cárdenas Cisneros, el entroncamiento de Victoriano Sotelo se ha demostrado con las partidas señaladas.

Por lo expuesto, soy de opinión, que se declare NO HABER NULIDAD en la recurrida de fs. 54 v., confirmatoria de la apelada de fs. 32, que declara como único heredero del intestado don Agripino Cárdenas Cisneros a su sobrino legítimo don Victoriano Sotelo Cárdenas.

Lima, 8 de julio de 1955.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dieciséis de octubre de mil novecientos cincuentiséis.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal y considerando: que de la instrucción acompañada aparece que no se ha expedido la resolución correspondiente que le ponga término, pronunciándose sobre la inculpabilidad o culpabilidad que pudiera corresponderle a presunto heredero don Victoriano Sotelo Cárdenas por el homicidio del causante de la herencia don Agripino Cárdenas Cisneros, por lo que la sentencia que se expida en el presente juicio debe reservarse hasta que concluya en forma legal la instrucción a que se ha hecho referencia: declararon NULA la resolución de vista de fojas cincuenticuatro vuelta, su fecha diez de agosto de mil novecientos cincuentitrés, e insubsistente la de Primera Instancia de fojas

treintidós, su fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos cincuentidós, expedidas en el procedimiento de declaratoria de herederos de don Agripino Cárdenas Cisneros; mandaron se proceda en le forma indicada; y los devolvieron.— EGUIGUREN.— BUSTAMENTE CISNEROS.— GARMENDIA.— ALVA.— TELLO VELEZ.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha. Secretario.

R. J. P.— 1951; p. 1171.

SUCESIONES.— Derecho de las monjas

II,2) *1.— Las monjas profesas tiene derecho a heredar, aunque hubieren hecho renuncia a los bienes materiales.*
2.— La ley de 5 de setiembre de 1849, que privaba de derechos hereditarios a las monjas profesas, ha sido derogada por el nuevo C.C.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 242/951.— Procede de Cajamarca.

Señor: A fs. 5 doña Dolores Victoria Chávez de Basauri solicita la declaratoria de herederos del Dr. Abelardo Manuel Quiroz Sánchez, fallecido en Cajamarca el 27 de noviembre de 1950, alegando que es hija de doña Zoila Huapaya Mayorga casada en segundas nupcias con el extinto, teniendo por esta razón derecho a gananciales, que corresponden a la recurrente. A fs. 16 el Dr. Wenceslao Rosell Cárdenas, en ejercicio del poder que en copia certificada obra a fs. 17 se ha adherido a la declaratoria, pidiendo que su representada Da. Jesús Querubina del Inmaculado Corazón de María Quiroz, en el siglo, Carlota Quiroz Huapaya, sea declarada única heredera como hija legítima del nombrado intestado. A fs. 22 también se ha adeherido a la declaratoria el Dr. Gonzalo Quiroz Sánchez solicitando que él y sus hermanos, María Benille Quiroz Sánchez y Régulo Quiroz Sánchez Cartagena, sean declarados únicos herederos del occiso, porque la nombrada hija legítima de éste, está comprendida en los Arts. 1o. y 2o. de la Ley de 5 de setiembre de 1949, por haber renunciado a los bienes de orden material, en su calidad de monja de clausura Papal en el Monasterio de Santa Clara de Trujillo y por último, a fs. 24, el Dr. Wenceslao Rosell de Cárdenas ha solicitado también que sean

declarados herederos del difunto Dr. Abelardo M. Quiroz Sánchez los hijos ilegítimos de éste, no reconocidos, María Angélica Alfonsina Quiroz Maradiegue, Cloratorio Quiroz Revoredo, Manuel Wilder y Jaime Luis Quiroz Novoa. Habiéndose tramitado la causa con arreglo a ley, el Juez de Primera Instancia por auto de fs. 26 ha declarado como única y universal heredera del de *cujus* a su hija legítima Carlota O. Quiroz Huapaya. La Corte Superior por resolución de fs. 35 vta. ha confirmado el apelado, lo que motiva el recurso de nulidad concedido al Dr. Gonzalo Quiroz Sánchez por auto de fs. 38 vta.

Con las partidas de fs. 2, 8, 12 y 13 se ha probado que doña Carlota Olividia Quiroz Huapaya es hija legítima del intestado, don Abelardo Manuel Quiroz Sánchez, y como tal es su única y universal heredera, con derecho a heredar con exclusión de los hermanos de su causante y de los demás pretendientes, de conformidad con lo dispuesto por los Arts. 758 y 760 del C.C., pues el vigente C.C. no excluya de la sucesión a las monjas profesas y, además, la Ley de 5 de setiembre de 1849 ha sido derogada por disposición expresa del Art. 182 del citado cuerpo de leyes y en consecuencia es de aplicación al caso de autos lo dispuesto por el Art. 1830 del mismo Código y resulta improcedente la petición formulada por el Dr. Gonzalo Quiroz Sánchez.

Por las consideraciones expuestas, opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en el auto de vista de la parte materia del recurso, salvo mejor parecer.

Lima, 16 de julio de 1951.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiséis de julio de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas treinticinco vuelta su fecha once de abril del presente año, que confirmando el de primera instancia de fojas veintiséis, su fecha treinta de enero último, en la parte materia del recurso, declara como única y universal heredera del intestado doctor Abelardo Manuel Quiroz Sánchez a su hija legítima Sor Jesús Querubina del Inmaculado Corazón de María Quiroz, en el siglo Carlota Olividia Quiroz

Huapaya; con lo demás que contiene; con multa de cuatrocientos soles y costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Zavala Loaiza.– Láinez Lozada.– Checa.– Eguiguren.– Sayán.

Se publicó conforme a ley.– Francisco Velasco Gallo, Secretario.

R. J. P.– 1966; p. 373.

JURISPRUDENCIA

I.– De la Corte Suprema

A.– En lo Civil

DECLARATORIA DE HEREDEROS.– Derechos del cónyuge.– Caso de adulterio no declarado judicialmente.

II,3) *1.– No tiene vocación hereditaria el cónyuge fallecido antes que el causante.*

2.– No es indigna para suceder a su esposo, la mujer que ha procreado hijos de otro hombre durante su matrimonio con el causante.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 624/65.–1a. Sala.– Procede de Cajamarca.

Señor:

Es materia del Recurso de Nulidad de fs. 106, la sentencia de vista de fs. 103, de la Corte Superior de Cajamarca, que, confirmando la de Primera Instancia de fs. 79, declara fundada en parte la demanda sobre petición de herencia interpuesta a fs. 7 por doña Lusferinda Dávalos Saavedra de Morales y, en consecuencia, que la actora es también heredera de su cónyuge premuerto don Gustavo Morales León, en concurrencia con los hijos legitimados de éste: Segundo Julián, María Isabel, María Santos, José Marciano, y Rosa Elvira Morales Mostacero; sin lugar por prematura la entrega de acciones y derechos, dejándose a salvo el derecho de la demandante; e infundada la reconvención sobre pérdida de derechos hereditarios planteada a fs. 26.

Del expediente acompañado, sobre declaratoria de herederos del de cujus, aparece que por resolución de fs. 16, de 18 de junio de 1948, el Juez de Primera Instancia de Pacasmayo declaró el fallecimiento intestado del

causante, ocurrido en Tembladera el 2 de junio de 1946, y por sus herederos a sus mencionados hijos legítimos y a su cónyuge doña Adelaida Mostacero de Morales.

Igualmente, por sentencia ejecutoriada de fs. 16 del expediente igualmente acompañado, con fecha 18 de agosto de 1959 el Juzgado declaró fundada la demanda de fs. 2 y se mandó excluir de la herencia de don Gustavo Morales León a su primera esposa doña Adelaida Mostacero, por haber fallecido ella antes que él, el 23 de mayo de 1933.

La partida de fs. 5 de estos autos, acredita que la actora contrajo matrimonio con el causante el 11 de diciembre de 1937, de manera que tiene vocación hereditaria, de acuerdo a los arts. 760 y 765 del C.C.

Aunque las partidas de fs. 66 a 68 prueban que la demandante, en vigencia de su matrimonio con el de cujus, procreó hijos de otro hombre, no se ha acreditado ni invocado que hubiere sido condenada por adulterio, por lo que no le alcanza la incapacidad para suceder que contiene el inc. 5o. del art. 665 del acotado, y procede ampararse la acción, de acuerdo al art. 663 del mismo cuerpo de leyes.

En cuanto a la petición de entrega de acciones y derechos la demandante podrá hacer valer su derecho oportunamente, con arreglo a ley.

Por estas consideraciones, soy de parecer que se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida, confirmatoria de la apelada que declara fundada en parte la demanda de fs. 7.

Lima, 14 de enero de 1966.

Velarde Alvarez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinticuatro de marzo de mil novecientos sesentiséis.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento tres, su fecha diecinueve de agosto de mil novecientos sesenticinco, que confirmando la apelada de fojas setentinueve, su fecha ocho de julio de mil novecientos sesenticuatro, declara fundada en parte la demanda de petición de herencia interpuesta a fojas siete por doña Lusferinda Dávalos Saavedra de Morales contra don Segundo Julián Morales Mostacero y otros; con lo demás que

contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– MAGUINA SUERO.– GARCIA RADA.– VIVANCO MUJICA.– ALARCON.– PERAL.– Se publicó.– Lizandro Tudela Valderrama.– Secretario.

II INCAPACIDADES PARA HEREDAR

La ejecutoria II, 1), de 16 de octubre de 1956, se relaciona con un supuesto de incapacidad para suceder, cual es el contemplado en el inciso 1o. del art. 665. Conforme a éste, los autores o partícipes de atentado contra la vida del causante, así como contra su cónyuge, descendientes o ascendientes, o herederos, están incursos en indignidad sucesoria. Naturalmente debe probarse y decidirse judicialmente acerca del *factum criminis* respectivo. En el caso de la ejecutoria se resolvió, por eso, que en lo concerniente al derecho sucesorio de la persona a quien se le imputaba la comisión del delito a que se refiere el inciso 1o. del art. 665, quedaba reservado, dentro del procedimiento iniciado de declaratoria de herederos (conforme al art. 1212 y siguientes del C.P.C.) hasta que terminase la instrucción en la vía penal correspondiente sobre el delito imputado. De la lectura del título II (art. 665) que trata de las incapacidades (indignidades) para suceder, parece ser que se inspira en la idea de que el indigno ha sido o puede ser declarado heredero, por resolución judicial (es decir, en cuanto a heredero legal) o por testamento (en cuanto heredero voluntario). En tal supuesto procede entablar una acción ordinaria de exheredación que será desde un punto de vista procesal una acción ordinaria. De ahí un mandato como el considerado en el art. 667. Entonces la impugnación opera como el ejercicio de un *jus puniendi* en el campo civil, contra el heredero pasible de la acción impugnatoria. En la ejecutoria se aprecia que la alegación de indignidad se formuló dentro de un procedimiento de declaratoria de herederos, que se hallaba en curso, de tal modo que lo que se pretendió era que no fuese declarado heredero a quien se consideraba incurso en la indignidad. La medida no era una que significase la exclusión a posteriori, sino anteladamente. Nosotros juzgamos que la solución jurisprudencial es acertada, pues supone la circunstancia de que una persona ya tenga el título de heredero o le puede venir a corresponde, para estimar que la misma *ratio decidendi* es la que puede funcionar en una y otra circunstancia, para que se pueda considera la *incapacitas heredis.*

La ejecutoria II, 2) de 26 de julio de 1951, resolvió acerca de la herencia dejada por don ABELARDO Manuel Quiroz. Solicitó su herencia la hija legítima, Carlota Quiroz Huapaya, que había asumido la calidad de monja profesa, y unos hermanos del difunto, así como unos hijos no reconocidos del mismo causante. Descartados éstos, por esa falta de reconocimiento, se estimó que la herencia correspondía a la antes mencionada hija legítima del *de cuyus,* no teniendo pues ningún derecho sus hermanos. Lo que en definitiva se resolvió fue en el sentido que no estaba incursa en incapacidad para heredar dicha hija legítima del causante, pese a su carácter de monja profesa. La cuestión no era motivo de duda alguna. Las causales de *incapacitas, heredis,* son las que aparecen en el art. 665, y la consideración al respecto tiene que ser de estrictísima limitación, es decir sólo referente a los casos contemplados expresa y precisamente en cuanto a tales incapacidades.

La ejecutoria II,3), de 24 de marzo de 1966, resolvió un caso referente al inc. 5o. del art. 665, en el sentido de que aunque hubiese pruebas de que la esposa cometiera adulterio, aun habiendo procreado hijos en esa relación extramatrimonial, no le alcanzaba empero la indignidad señalada en dicho dispositivo legal, por no haber sentencia condenatoria por causa de tal adulterio, interpretándose, así, *litera legis* aquél. Sobre este punto ha anotado Lanatta ("Derecho Sucesorio", p. 345) que "la causa de indignidad que establece el Cod. en este inciso se refiere únicamente al que ha sido condenado por adulterio cometido con la esposa o la hija del causante, no a la cónyuge adúltera. La razón legal está en que en nuestro Derecho el adulterio es causal de divorcio absoluto según el art. 247, inc. 1o. del C.C. y al ser declarado por esta causal cesan los derechos hereditarios entre ambos cónyuges según el art. 265. Además es causal de desheredación según el art. 713, inc. 5o. y también delito por lo dispuesto en el art. 212 del Cód. Penal".

III

ACEPTACION Y RENUNCIA DE LA HERENCIA

III,1) *Formulada la renuncia a la herencia en favor de los acreedores de la misma, carecen los renunciantes de derecho para vender los bienes renunciados. Es infundada la acción de tercería de dominio basada en un título de propiedad que adolece de nulidad.*

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 43/48. Procede de La Libertad.

Señor: En el juicio por Kay Brothers con Hoyle Hermanos, sobre cantidad de soles, se trabó embargo y se ordenó el remate del 25 por ciento de los terrenos "La Huérfana", "La Capilla" y "El Mango", lo que ha originado la acción de tercería excluyente interpuesta por don Zenón Ganoza, para que se levante el embargo por corresponderle a él dichas acciones en virtud de la compra que hizo a doña María Hoyle de Pinillos y doña Graciela Hoyle de Loyer, conforme a la minuta que corre en el expediente acompañado sobre obligación hacer.

Tramitada la causa, el Juzgado de Primera Instancia, en la sentencia de fs. 50 vta., ha declarado infundada la tercería y fundada la nulidad de la minuta, nulidad deducida en vía de reconvención al contestar la demanda. La Corte Superior de La Libertad, ha confirmado dicha sentencia, a fs. 72, originando recurso de nulidad del apoderado del tercerista y del personero de don José D. Morales, en lo que se refiere, éste último, a la exoneración de costas.

Aparece del expediente seguido por doña María Hoyle de Pinillos, doña Graciela Hoyle de Loyer y don Carlos Hoyle, que éstos, como hijos y herederos de don Rómulo Hoyle, y acogiéndose a lo que disponían los arts. 763 y 764 del C.C. derogado, formularon renuncia a la herencia del expresado don Rómulo Hoyle a favor de sus acreedores; de manera que es evidente que las dos primeras carecían de todo derecho para que, después de trascurridos 16 años de la renuncia a la herencia, vendieran al tercerista los mismos bienes que habían renunciado.

El título de don Zenón Ganoza, pues, de nulidad, y el juicio que ha seguido sobre obligación de hacer carece de eficacia contra terceros.

Por las razones expuestas, el Fiscal es de opinión que procede declarar que *no hay nulidad* en la sentencia recurrida, justificándose la exención del

pago de costas, en razón de que el tercerista ha tenido motivos atendibles para litigar.

Lima, mayo 13 de 1948.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, quince de junio de mil novecientos cuarentiocho.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon *no haber nulidad* en la sentencia de vista de fojas setentidós, su fecha veintisiete de noviembre del año próximo pasado, confirmatoria de la de Primera Instancia de fojas cincuenta vuelta, su fecha dieciséis de mayo del mismo años, que declara infundada la demanda de tercería excluyente, interpuesta a fojas una por don Zenón Ganoza contra don José Morales y otros; con lo demás que contiene: condenaron en la multa de doscientos soles y en las costas del recurso a las partes que lo interpusieron; y los devolvieron.

Valdivia.— Noriega.— Fuentes Aragón.— Lainez Lozada.— Eguiguren.

Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García, Secretario.

ANALES JUDICIALES; Año 1966; p. 30

III,2) *La renuncia de la herencia debe hacerse por escritura pública o por acta ante el Juez, acta que debe protocolizarse. (Aplicación del art. 676 del C.C.)*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En este expediente de declaratoria de herederos, seguido por doña Mercedes Medina viuda de Gutiérrez, la Corte Superior de Tacna, por la sentencia recurrida de fs. 21, ha declarado nula e insubsistente la sentencia apelada de primera instancia, porque declara heredero de doña María Gutiérrez de Rojas, a su cónyuge sobreviviente, Guillermo Rojas Zavalaga, no obstante que este, no solicitó que se le declarara heredero, y al contrario, renunció a ese derecho.

Es verdad que la declaratoria de herederos sólo fue solicitada por doña

Mercedes Medina viuda de Gutiérrez, madre de la causante, cuyo derecho está acreditado con las partidas de defunción de fs. 1 y 3, de matrimonio de fs. 2, y nacimiento de fs. 4; es igualmente cierto que el esposo de la causante no solicitó ser declarado heredero, e inclusive renunció a su derecho —acreditado con la partida de matrimonio de fs. 12— mediante su escrito de fs. 19. Sin embargo, esta renuncia, carece de valor legal, por no haber sido hecho con las formalidades que para estos casos exige el Art. 676 del C.C.

En consecuencia, la causa debe resolverse sin dar mérito a la renuncia de fs. 19, y declarando el derecho de quienes lo hayan acreditado.

Por estos fundamentos, estimo que HAY NULIDAD en la recurrida, que declara nula e insubsistente la apelada, debiendo devolverse el expediente para que la Corte Superior de Tacna, pronuncie nuevo fallo, confirmado o revocando la apelada.

Salvo mejor parecer.

Lima, 11 de junio de 1966.

L. PONCE SOBREVILLA

RESOLUCION SUPREMA

Lima, ocho de julio de mil novecientos sesentiséis.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NULA la resolución de vista de fojas veintiuna, su fecha once de marzo del presente año, en los seguidos por doña Mercedes Medina viuda de Gutiérrez, sobre declaratoria de heredero; mandaron que la Corte Superior de Tacna expida nueva resolución confirmando o revocando la apelada; y los devolvieron.— CARRANZA.— VASQUEZ de VELASCO.— PALACIOS.

Se publicó conforme a ley.— Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa 28/66.— Procede de Tacna.

III.— ACEPTACION Y RENUNCIA DE LA HERENCIA

La ejecutoria III,1) de 15 de Junio de 1948 se refiere al caso de haberse renunciado a la herencia por herederos en favor de los acreedores del causante y haber vendido los bienes a terceros compradores posteriormente. Al disputarse los derechos contrapuestos entre dichos acreedores y dichos compradores la ejecutoria naturalmente decide en favor de los primeros, pues no teniendo

ya una *capitas disponendi* los herederos, para la venta a terceros, al haber dejado de ser dueños de los bienes por haber venido a corresponder a los acreedores en virtud de la renuncia practicada, funciona el principio de *nemo dat quod non habet*. Rómulo Lanatta ha comentado esta ejecutoria diciendo así: " Opino que también es impropio el enunciado. La renuncia es simple y absoluta. Si es en favor de determinadas personas es una cesión de derechos hereditarios, regida por el art. 1461 C.C. Lo que se ha hecho en este caso es renunciar con objeto de que los acreedores usen la acción subrogatoria del art. 678 C.C." (pag. 392).

La ejecutoria III,2) de 8 de Julio de 1962, simplemente es una que expresa que debe respetarse el mandato del art. 676, en cuanto "la renuncia a la herencia debe hacerse por escritura pública o por acta ante el Juez que conoce o debe conocer de la sucesión", agregando que el acta debe protocolizarse. Es decir, que se tiene en cuenta la exigencia de la formalidad con carácter solemne que consagra dicho art. 676. No cabe, pues, que la renuncia, por la mismo calidad abdicativa, que importa el acto, pueda considerarse producida por mera presunción, o por una simple manifestación tácita de voluntad, ya que la regla de *eadem vis tacit atque expresi* no tiene eficacia cuando la ley exige con carácter imprescindible la manifestación expresa formal, pues si no carecería de razón de ser la exigencia impuesta.

IV

LA REPRESENTACION

REVISTA DE LOS TRIBUNALES.– 1940; p. 372

IV,1) *La abuela paterna, no puede instituir como heredero, en representación de su hijo premuerto, al nieto no reconocido como hijo natural.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Fiscal opina que no hay nulidad en la parte de la sentencia recurrida por don José María Gamboa que declara sin lugar la institución de heredero hecha a su favor por su abuela doña Josefa Soto en representación del hijo premuerto de esta don Víctor M. Gamboa que no lo había reconocido como su hijo natural.

La institución del reconocimiento de los hijos ilegítimos por los abuelos no existía en el C.C. derogado, ni el caso cae dentro de las previsiones del vigente.

Lima, diciembre 30 de 1939.

Araujo Alvarez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, abril 22 de 1940

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 330 vta., su fecha 17 de noviembre de 1937, en la parte materia del recurso que confirmando la de 1a. instancia de fs. 286, su fecha 31 de diciembre de 1934, declara fundada en parte la demanda y sin lugar la institución de heredero hecha a favor de don José María Gamboa por doña Josefa Soto; condenaron en la multa de 200 soles oro y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– BARRETO.– ZAVALA LOAIZA.– BALLON.– PASTOR.– BENAVIDES CANSECO.– Se publicó conforme a ley.– M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 1895.– Año 1938

Procede de Ayacucho.

REVISTA DE LOS TRIBUNALES.– 1943; p. 521

IV,2) Cuando heredan hermanos y sobrinos, estos últimos deben distribuirse la herencia, en representación del padre premuerto, por partes iguales, sin distinción de doble o de simple vínculo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, junio 24 de 1941

Vistos; resulta de autos: que a fs. 3 se presentaron doña María Isabel Frisancho de Larco y don Luis Enrique Frisancho, interponiendo demanda contra doña Rosa María Frisancho de Chávez, a fin de que se declare que debe distribuirse por iguales partes entre los primeros y la segunda, la parte que correspondía a su padre premuerto, don Vicente Ricardo Frisancho y Moreyra, en la herencia dejada por doña María Frisancho Moreyra viuda de Eguren; fundan su acción en lo dispuesto en los artículos 771 y 780 del Código Civil; que corrido traslado de la demanda, fue absuelto el trámite a fs. 5 en forma negativa y contradictoria; que la disposición aplicable al caso de autos, no es la citada por los demandantes sino la general contenida en el art. 762 del acotado y que, en consecuencia, la parte de la herencia que ha correspondido a don Vicente Ricardo Frisancho y Moreyra, debe dividirse en la siguiente proporción: el cincuenta por ciento para doña Rosa María Frisancho de Chávez y el otro cincuenta por ciento en dos partes, para doña María Frisancho de Larco y don Luis Enrique Frisancho; tratándose de un asunto de puro derecho, pues las partes están de acuerdo en el parentesco que tienen cada una de ellas, respecto de la causante, se corrió traslado para la réplica, la que fue absuelta a fs. 7, absolviéndose a fs. 11, la duplica, pidiéndose autos para sentencia; y CONSIDERANDO: que según aparece de la partida de fs. 19, doña María Frisancho viuda de Eguren, falleció en 10 de noviembre de 1938, por lo que, con arreglo al art. 1830 del Código Civil, los derechos a su herencia se rigen por las disposiciones de la nueva ley; que las partes están de acuerdo en la calidad con que han concurrido a la herencia de la expresada señora, representando al padre premuerto don Vicente Ricardo Frisancho y Moreyra, esto es, que doña Rosa María Frisancho es hija legítima y doña María Isabel y don Luis Enrique, son hijos naturales reconocidos; que las partes están también de acuerdo en que los derechos sobre la tercera parte de la herencia, que tratan de partirse, emanan del auto de declaratoria de

herederos expedido por el segundo Juzgado con fecha 26 de enero de 1939, que en copia corre a fs. 1; que tratándose, como se trata, al presente, de una herencia colateral, no pueden aplicarse las disposiciones que rigen la herencia directa, como es la que contiene el art. 762, que se refiere, específicamente, a la sucesión de padres a hijos; que teniendo en cuenta el espíritu del legislador, en orden a los derechos familiares, y por ende de la sucesión, no cabe admitir en la herencia colateral, el criterio que informa el referido artículo; que, en efecto, siendo la causante y el padre de las partes, hijos legítimos, con arreglo al art. 648 del Código Civil derogado, los actores hubieran carecido de derecho para concurrir a la herencia; sin embargo, con arreglo a la nueva legislación, art. 680, que no pone taxativas al derecho de representación, han concurrido a la herencia, sin objeción alguna de la demandada; que, en consecuencia, no disputándose la herencia del progenitor, sino de la tía, la regla aplicable para la distribución de la herencia no puede ser otra que la contenida en el art. 771 del Código Civil que establece que los sobrinos que heredan deben distribuirse la herencia entre los del mismo grado, por partes iguales, sin distinción de doble o simple vínculo; que este mismo criterio informa el art. 763, tratándose de la herencia en que concurran únicamente hermanos; que la existencia de una hermana natural en la sucesión de doña María Frisancho de Eguren, no puede tener la virtualidad de convertir una herencia indirecta, como es la colateral, en otra directa que haga aplicable la disposición del 762, invocado por doña Rosa María Frisancho de Chávez como fundamento de su contradicción; por estas razones; FALLO: declarando fundada la demanda de fs. 3 y, en consecuencia, que doña María Isabel Frisancho de Larco, doña Rosa María Frisancho de Chávez y don Luis Enrique Frisancho, deben distribuirse la herencia proveniente de su tía doña María Frisancho Moreyra viuda de Eguren por parte iguales; sin costas.— L. Velarde Alvarez.— Pedro Botino. Actuario.

SENTENCIA DE VISTA

Lima, agosto 27 de 1941

Vistps; confirmaron la sentencia de fs. 24, su fecha 24 de junio último, que declara fundada la demanda de fs. 3 y que doña María Isabel Frisancho de Larco, doña Rosa María Frisancho de Chávez y don Luis Enrique Frisancho, deben distribuirse la herencia proveniente de su tía doña María

Frisancho Moreyra viuda de Eguren, por partes iguales, sin costas; y los devolvieron.— Velarde Alvarez.— Lavalle.— Iberico.— Se publicó.— García Rada, Secretario.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Según el art. 679 del C.C., en la herencia que corresponde a los descendientes los hijos representan a sus padres que han fallecido y gozan de los derechos que éstos tendrían si viviesen.

Si en este caso hubieren entre los hijos que representan a sus padres hijos legítimos e ilegítimos, no cabe duda que sería aplicable el art. 672 conforme al que cada uno de estos últimos recibiría la mitad de lo que reciba cada legítimo. Esta regla es lógicamente aplicable en todo caso de representación ya sea que la herencia venga de la línea recta o de la colateral. Art. 680.

El art. 771 es inaplicable al caso de autos en que se trata de herencia en la que hay hermanos del causante y sobrinos, pues ese artículo habla de la sucesión en que no hay descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge, ni hermanos y en la que por lo tanto no hay lugar a representación.

No se ve la razón por la que en los dos casos únicos de representación establecida por el C.C. se ha de aplicar reglas distintas sujetándose en uno al art. 762 que hace distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y en el otro dando a todos los hijos igual participación sin distinción de legítimos e ilegítimos, criterio este último que no resulta de ninguna de sus disposiciones.

La herencia de doña María Frisancho Moreyra viuda de Eguren que corresponde a la hermana sobreviviente y a los sobrinos de la intestada en representación de sus hermanos premuertos, debe distribuirse dando los sobrinos representantes de su padre don Vicente Ricardo Frisancho Moreyra la parte que a este correspondería, teniéndose en cuenta la calidad de hijos legítimos e ilegítimos para los efectos del cumplimiento del art. 762 citado.

HAY NULIDAD en la sentencia recurrida. La demanda de fs. 3 es infundada.

Lima, mayo 23 de 1942.

Araujo Alvarez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, julio 15 de 1943

Vistos: en discordia de votos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y, considerando: que en la herencia colateral la ley no tiene establecida regla fija para proceder a la división cuando, por derecho de representación, los hijos concurrentes pretenden hacer valer su condición de legítimos sobre la de los naturales reconocidos para alcanzar mayor porcentaje; que este es el caso suscitado entre los medio hermanos María Isabel, Rosa María y Enrique Frisancho, concurrentes a la herencia de su tía doña María Isabel Frisancho viuda de Eguren, en representación del hermano de ésta don Vicente Frisancho, por haber alegado la primera su condición de hija legítima; que el vacío de la ley ha de llenarse pues, aplicando por analogía, el criterio legal que impera en la herencia proveniente de línea directa y en la cual por faltar los llamados de preferencia a la herencia, esta se distribuye por partes iguales entre los parientes colaterales del mismo grado, sin distinción de línea ni de doble vínculo; por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 45, su fecha 27 de agosto de 1941, que confirmando la apelada de fs. 24, su fecha 24 de junio anterior, declara fundada la demanda de fs. 3 y que doña María Isabel Frisancho de Larco, doña Rosa María Frisancho de Chávez y don Luis Enrique Frisancho, deben distribuirse la herencia proveniente de su tía doña María Frisancho Moreyra viuda de Eguren, por partes iguales, sin costas; y los devolvieron.– VALDIVIA.– ZAVALA LOAIZA.– PORTOCARRERO.– NORIEGA.

Nuestro voto es por la NULIDAD de la sentencia de vista, revocación de la apelada, y que se declare infundada la demanda, de conformidad con lo dictminado por el Señor Fiscal.– BALLON.– PASTOR.– Se publicó conforme a ley.– A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 769.– Año 1941.

Procede de Lima.

ANALES JUDICIALES.– 1946; p. 302

IV,3) *En la línea colateral la representación sólo funciona en beneficio de los hijos del hermano premuerto del causante.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

La solicitud de fs. una por la que don César Robles solicita la declaratoria de herederos de don Hermenegildo Montoya en favor de doña Tomasa Rondón de Robles, de quien se dice sobrino, no ha sido recaudada con el poder que la referida doña Tomasa debió otorgarle para presentar la solicitud, y seguir el expediente respectivo. Aparte de que, según aparece de la partida de fs. dos, el causante falleció en veinte de diciembre de 1907, de lo que se deduce que se viene a pedir la declaratoria de sus herederos a los treinticinco años, el demandante carece de personería.

Hechas las publicaciones de ley se presentaron don Cipistriano Rondón, doña Bárbara Sánchez y doña Cristina Rondón alegando derechos de representación. En la herencia colateral no cabe representación sino en el caso de que los hijos de un hermano premuerto concurran con sus tíos en la sucesión de otro hermano de los últimos. No se trata de sobrinos ni de herencia de tío, de manera que la solicitud de fs. cuatro no puede prosperar.

A las razones que se dejan expuestas debe agregarse que no existe en autos testimonio en forma de la partida de nacimiento de don Hermenegildo Montoya porque la que aparece a fs. veinte es copia de copia, que no puede servir para acreditar el hecho del entroncamiento. No habiéndose llenado las exigencias de los art. 1212 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles debe declararse sin lugar la demanda de fs. una y remitir la resolución del asunto a la vía ordinaria. Hay nulidad en el fallo de vista de fs. treintiuna; declarándolo así, la Corte Suprema puede servirse reformarlo y confirmar el de fs. veintiséis que así lo resuelve. Salvo mejor parecer.

Lima, 11 de Julio de 1946.

Calle

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 31 de Julio de 1946

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas treintiuno, su fecha veintiocho de marzo del año en curso; reformándola: confirmaron la de primera instancia de fojas veintiséis, su fecha

diecinueve de diciembre del año próximo pasado, que manda seguir en la vía ordinaria la declaratoria de herederos de don Hermenegildo Montoya; y los devolvieron.

Valdivia.– Portocarrero.– Samanamud.– Serpa Cancino.

Se publicó conforme a ley.

Jorge Vega García, Secretario.

ANALES JUDICIALES.– 1962; p. 26

IV,4) *Los sobrinos de la causante, no pueden invocar el derecho de representar al padre premuerto, si no hay hermano sobreviviente de la de cujus.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Por fallecimiento intestado de Da. Delfina Duboc de Kasseberg, ha solicitado la declaratoria de herederos, su cónyuge sobreviviente D. Herbert Kasseberg Menzel. La sentencia recurrida, confirmatoria de la de primera instancia, ha declarado único heredero de la mencionada señora a su nombrado esposo.

Pretenden también la herencia los hermanos Roberto, José, Rosalba y Federico Duboc Deza, invocando su calidad de sobrinos de la causante, representando al padre premuerto, D. Federico Duboc Carrillo, que fue hermano de la intestada. Las sentencias inferiores han desestimado tal pretensión.

No tratándose de la herencia de un hermano que disputan los hermanos sobrevivientes, no funciona, en el presente caso, el derecho de representación a que se refiere el Art. 680 del C.C. Es de estricta aplicación la regla contenida en el Art. 769 del acotado.

NO HAY NULIDAD en la parte recurrida de la sentencia de vista, que confirmando la de primera instancia, excluye de la herencia de Da. Delfina Duboc de Kasseberg a los hermanos Duboc Meza, antes nombrados.

Lima, 13 de febrero de 1962.

Velarde Alvarez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintitrés de abril de mil novecientos sesentidós.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas treintisiete, su fecha veintidós de diciembre de mil novecientos sesentiuno, que confirmando el apelado de fojas treinta, su fecha cuatro de setiembre del mismo año, declara como único heredero universal de doña Delfina Duboc de Kasseberg a su cónyuge sobreviviente don Herbert Kasseberg Menzel y que no tienen derecho a heredar a la referida causante don Roberto, don José y Doña Rosalba Duboc Deza; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– SAYAN ALVAREZ.– MAGUIÑA SUERO.– CEBREROS.– VALDEZ TUDELA.– GARCIA RADA.– Se publicó conforme a Ley.– Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa No. 1389/61.– Procede de Lima.

ANALES JUDICIALES.– 1964; p. 23

IV,5) *El derecho de representación en la línea colateral, solamente funciona cuando al heredar a un hermano se considera con los sobrevivientes a los hijos de los hermanos pre-muertos. Cuando no existen ascendientes, ni descendientes, ni cónyuge ni hermanos la herencia corresponde a los demás colaterales en la forma prevenida en el Art. 771 del C.C.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El 7o. Juzgado en lo Civil de Lima, por sentencia de fs. 324, ha declarado infundada la demanda, interpuesta por Felipe Romero y otro, contra la Sucesión de doña Teodora Salcedo y otros, sobre nulidad de testamentos, e infundadas las excepciones de falta de personería y de prescripción. Apelada dicha sentencia, el Tribunal Superior, por la de vista de fs. 386, la confirmó. Contra esta resolución, se ha interpuesto recurso de nulidad.

Aparece de lo actuado que, por recurso de fs. 2, don Felipe Romero y don Silvino Barona, interponen demanda de nulidad de testamentos sucesivos, otorgados por don Víctor Modesto Barona, dirigiendo la acción contra la sucesión de doña Teodora Salcedo y los que resulten beneficiados con la vigencia de cualquiera de esos instrumentos. Los testamentos, objeto de la acción, son el otorgado por el causante, don Víctor Modesto Barona, en el año 1938, por ante el Notario Rosendo Fernández, y el ológrafo, otorgado por el mismo testador, con fecha 16 de marzo de 1948, el que ha sido protocolizado ante el Notario Público don Julio Teves. Los demandantes, en su calidad de sobrinos del de cujus, solicitan la nulidad de dichos testamentos, manifestando que tienen la seguridad de que dichos instrumentos no contienen la voluntad del testador, y que el otorgado por escritura pública, no ha reunido los requisitos que la ley exige. Por auto de fs. 10, se nombró Defensor de la sucesión de doña Teodora Salcedo, al doctor Leoncio Acosta Santiváñez, quien absolvió el trámite de contestación a la demanda, por su recurso de fs. 18. Por recurso de fs. 20, don Félix Phang, solicita la nulidad del nombramiento del defensor de herencia, por ser heredero declarado judicialmente, de su finada madre, doña Teodora Salcedo de Barona. Por auto de fs. 74 vta. se dio por contestada la demanda, en rebeldía de don Félix Phang. Por recurso de fs. 88, el Gerente de la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima, se allanó a la demanda, en cuanto se pide la nulidad del testamento ológrafo y se opuso a la nulidad del testamento por escritura pública.

Apreciando la prueba actuada en este proceso, es de advertir que los demandantes, en el curso del juicio, no han acreditado, en forma alguna, los extremos de su demanda; y, al contrario, con la partida de matrimonio de fs. 281, se ha probado que el causante, don Víctor Modesto Barona, se casó civilmente con doña Teodora Salcedo de Barona, el 7 de septiembre de 1946 y que, según la copia certificada de fs. 20-21, don Félix Phang ha sido declarado su único y universal heredero, y según la partida de defunción de fs. 179, se ha probado que don Víctor Modesto Barona, falleció el 2 de agosto de 1948, y conforme al testamento ológrafo, de fecha 16 de marzo de 1948, debidamente protocolizado, conforme es de verse del parte de fs. 158, se declaró como única y universal heredera de dicho causante, a doña Teodora Salcedo. En consecuencia, la historia de la sucesión está legalmente acreditada, como también está debidamente probada la legalidad del

testamento ológrafo, el mismo que, según el parte de fs. 158, ha sido debidamente firmado y fechado por su otorgante. En cuanto a las excepciones de falta de personería y prescripción, como bien lo dicen los Magistrados de los fallos dictados en las instancias inferiores, resultan infundadas.

En consecuencia, estando a lo que aparece de autos, ese Ministerio es de opinión que se declare, NO HABER NULIDAD, en la sentencia recurrida que, confirmando la apelada, declara infundada la demanda, en todas sus partes e infundadas las excepciones deducidas.

Lima, 25 de abril de 1964.

Velarde Alvarez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiséis de mayo de mil novecientos sesenticuatro.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que el derecho de representación en la línea colateral solamente funciona cuando al heredar a un hermano se considera con los sobrevivientes a los hijos de los hermanos pre-muertos, de conformidad con lo que dispone el artículo seiscientos ochenta del Código Civil; y que cuando no existen descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge, ni hermanos, la herencia corresponde a los demás parientes colaterales por derecho propio, excluyendo el más próximo al más remoto tal como lo establece el artículo setecientos setentiuno del mismo Código, que en el presente caso el causante Víctor Modesto Barona Solís, al morir no tenía hermanos sobrevivientes como aparece del propio escrito de demanda, por lo que los demandantes Felipe Romero y Silvino Barona actúan por derecho propio como presuntos sobrinos del fallecido Víctor Modesto; y que no habiendo éstos probado ni con declaratoria de herederos ni con las correspondientes partidas el parentesco que invocan como hijos de María Visitación Barona y de Bonifacio Barona, quienes dicen ser hermanos del finado Víctor Modesto Barona Solís, no han acreditado su derecho para poder reclamar la herencia causada por el mencionado Barona Solís: declaron haber nulidad en la sentencia de vista de fojas trescientos ochentiséis, su fecha veintisiete de mayo de mil novecientos sesentitrés, en cuanto confirmando la apelada de fojas trescientas veinticuatro, su fecha veintiocho de abril de mil novecientos sesentidós, declara infundada la demanda de nulidad de testa-

mento interpuesta a fojas dos por don Felipe Romero y otras contra la Sucesión de doña Teodora Salcedo; reformando la recurrida y revocando la apelada en este extremo: declaron improcedente dicha demanda; declararon no haber nulidad en lo demás que contiene; sin costas y los devolvieron.– SAYAN ALVAREZ.– TELLO VELEZ.– ALARCON.– GONZALEZ GARCIA.– MEDINA PINON.

Se publicó conforme a ley.– LIzandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa 1083/63.– Procede de Lima.

R. del F.– 1958; p. 389

DECLARATORIA DE HEREDEROS.– Representación

IV,6) La nieta es heredera legal de su abuela en representación de su padre, aun cuando éste haya fallecido después de la causante, debiendo considerársela como tal en el auto de declaratoria de herederos de esta última.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1279/56.– Procede de Ica.

Señor:

En el procedimiento de declaratoria de herederos de doña Eudocia Huaura Moyano viuda de Mendoza, fallecida en Ica el 1o. de marzo de 1959, sin hacer testamento; después de llenados los trámites legales y de presentada la prueba instrumental, correspondiente a los pretendientes a la herencia, el juez dictó la resolución de fs. 51, declarando herederos de la intestada a sus hijos ilegítimos Félix Leonor, Felícita, Teodor, Pedro Antonio, Mariana, Catalina, Dionicio y Lázaro Mendoza Huaura; y por fallecimiento de don Pedro Antonio Mendoza Huaura, a quien legalmente lo represente. Apela doña Eudocia Toledo Muñoz, de la parte de la resolución, que por fallecimiento de don Pedro Antonio Mendoza Huaura, declara como heredera de la abuela, a quien represente su derecho, o sea el derecho del padre o hijo fallecido de la intestada, el citado Pedro Antonio. La Superior de Ica, con lo expuesto por su Fiscal, a fs. 61 vta., confirma la resolución apelada, sólo en parte reformándola en cuanto los herederos de don Pedro Antonio Mendoza. El M. F., no conforme, hizo uso del recurso de nulidad, que le fue denegado,

por lo que ocurrió en queja a esta Corte Suprema, queja que fue amparada y es por eso que se mandó conceder el recurso interpuesto.

Conceptúo que la resolución de la Superior no está en lo legal, porque si se ha probado en la secuela del procedimiento que falleció, aun después de la causante, su hijo Pedro Antonio Mendoza, se ha presentado ésta para suceder a la abuela, en representación del padre, la peticionaria debe concurrir justamente con los otros herederos, de conformidad con el art. 679 del C.C. El Fiscal, al sostener esta tesis, tiene razón. Su opinión no puede ser desestimada, como lo ha hecho la superior de Ica.

Opino, en consecuencia, que HAY NULIDAD en la parte recurrida, reformándola, declarar que es también heredera, en representación de su padre don Pedro Mendoza, la hija de ésta, doña Eudocia Toledo, que ha sido declarada sucesora del citado causante, en el procedimiento que se acompaña.

Lima, 29 de marzo de 1957.

Febres

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiocho de mayo de mil novecientos cincuentiocho.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon HABER NULIDAD en la parte recurrida de la sentencia de vista de fojas sesentiuna vuelta, su fecha tres de mayo de mil novecientos cincuentiséis que excluye de la herencia de doña Eudocia Huaura Moyano viuda de Mendoza a su nieta Salina Consuelo Mendoza Toledo; reformándola: declararon que es también heredera de la causante su expresada nieta Salina Consuelo Mendoza; y los devolvieron.

Bustamante Cisneros.— Alvara.— Tello Vélez.— Valdez Tudela.— Eguren.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha, Secretario.

ANALES JUDICIALES.— 1946; p. 116

IV,7) En la herencia que corresponde a los hermanos, los hijos del hermano premuerto que concurren en representación de éste, heredan por partes iguales, aunque unos sean legítimos y otros ilegítimos.

Recurso de nulidad interpuesto por Fanny R. de Eléspuru en la causa

que sigue con Juan Revoredo, sobre contradicción.

Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Fanny Revoredo de Eléspuru, quien fue declarada, con su hermano paterno don Juan Revoredo, heredera de doña Herminia Revoredo Victorica, en concurrencia con otras personas, que eran hermanas de la causante, interpuso acción contradictoria, amparada por el artículo 1083 del Código de Procedimientos Civiles, con el objeto de que se declarara que su participación en la herencia de la tía era exactamente igual a la que correspondía a su hermano Juan Revoredo B. y no la mitad como se había resuelto en aquel procedimiento. La discusión se ha circunscrito al siguiente punto ¿Debe aplicarse la regla de los artículos 680 y 762 del Código Civil? ¿Es aplicable la del artículo 771 del mismo cuerpo de leyes?

El Juez y la Corte han resuelto en el primer sentido, y, en consecuencia, ha sido declarada sin lugar la demanda de doña Fanny Revoredo.

Considero que hay error en esas resoluciones. No se trata de herencia directa, como es la de hijos a padres, padres a hijos y en general entre ascendientes y descendientes. Es un caso de herencia colateral, que debe estar regida por el artículo 771; y es herencia colateral porque la representacción no puede tener la virtud de cambiar la naturaleza del fenómeno jurídico o más claro, no puede convertir al sobrino en heredero de un padre, de cuya herencia no se trata. Es bien sabido que un padre puede no dejar herencia por haber fallecido sin dejar bienes; y existir, por razón distinta, una masa hereditaria perteneciente a un su hermano que no teniendo ascendientes ni descendientes, ni haber hecho testamento, es heredero conforme a ley con otros hermanos en concurrencia con los sobrinos hijos del hermano premuerto. Tales sobrinos para heredar al tío no necesitan obtener primero la declaratoria de herederos de su propio padre, sino que les basta acreditar su entroncamiento con el de cujus, que no es su pariente directo porque no los une la línea recta que caracteriza la herencia directa.

Así como nadie puede distinguir donde la ley no distingue tampoco se pueden aplicar las disposiciones del Código que se refieren a determinada clase de herederos o parientes, a los casos de parientes y herederos de otra

naturaleza, vale decir de otra línea, sobre todo cuando el Código ha dictado reglas especiales para cada una de esta clase de parientes. Existiendo pretendientes de representación, que son hijos ilegítimos, su derecho sólo ha comenzado a ser reconocido con la promulgación del Código Civil de 1936. En el de 1852 los actuales litigantes no habrían podido discutir el reconocimiento de derecho alguno porque no eran los dos llamados a la herencia, desde que doña Herminia y don Urbano Revoredo eran hermanos ilegítimos, caso en el cual el hijo ilegítimo de uno de ellos habría sido desplazado, lo que no sucede en la actualidad.

Nada significa que en la herencia de doña Herminia Revoredo tengan participación hermanos. De esta circunstancia se pretende deducir que no es aplicable el artículo 771 que comienza diciendo: "Si no hay descendientes ni ascendientes ni hermanos". Esta regla se ha dictado para el caso de que sólo existan sobrinos, sin que pueda deducirse que se ha de aplicar la norma fijada para la línea directa. Si el legislador hubiera querido eso, le habría sido muy fácil decirlo.

Por lo demás, el caso no es nuevo en los estrados judiciales, ha sido resuelto en otras oportunidades por la Corte Suprema como es de verse, entre otros, por lo que aparece del cuaderno agregado en que discutiéndose exactamente el mismo problema se dictó la ejecutoria de fs. cuarentinueve declarando que los medio hermanos, uno legítimo y dos ilegítimos, concurrentes a la herencia de una tía común, debían distribuirse la herencia por partes iguales. Tanto porque una decisión de esta naturaleza está de acuerdo con los preceptos legales, como por la jurisprudencia establecida, concluyo opinando que doña Fanny Revoredo de Eléspuri y don Juan Revoredo B., hijos del doctor Urbano Revoredo, uno legítimo y otro ilegítimo reconocido tienen igualdad de derechos en la herencia de la tía común doña Herminia Revoredo.

Si la Corte Suprema no fuere de distinto parecer puede servirse declarar que HAY NULIDAD en el fallo de Vista de fs. treintiuna, confirmatorio de la sentencia de fs. doce que declaró sin lugar la demanda de fs. una sobre contradicción, la cual es fundada.

Salvo mejor parecer.

Lima, 6 de Noviembre de 1945.

Calle

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 19 de Setiembre de 1946.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de Vista de fojas treintiuna, su fecha trece de agosto de mil novecientos cuarenticinco, que confirmando la de primera instancia de fojas doce, su fecha veinticinco de julio de mil novecientos cuarenticuatro, declara sin lugar la demanda interpuesta por doña Fanny Y. Revoredo de Eléspuru contra don Juan Revoredo Balbuena, sobre contradicción de sentencia; reformando la primera y revocando la segunda: declararon fundada dicha demanda, y en consecuencia que doña Fanny Y. Revoredo de Eléspuru y don Juan Revoredo Balbuena deben distribuirse por partes iguales la herencia proveniente de su tía doña Herminia Revoredo, sin costas; y los devolvieron.

Valdivia.— Portocarrero.— Noriega.— Fuentes Aragón.

Mi voto es porque, con lo expuesto por el señor Fiscal, se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista, confirmatoria de la de primera instancia que declara sin lugar la demanda.

Samanamud

Se publicó conforme a ley.
Jorge Vega García, Secretario.
Cuaderno No. 1485 de 1945.

R.J.P.— 1955; p. 82

DECLARACION DE HEREDEROS.— Representación

IV,8) En el mismo procedimiento de declaración de herederos no puede declararse tales a los hijos legítimos y a los herederos del cónyuge que aun cuando le sobrevivió, no se encuentra vivo al tiempo de pedirse la declaración de herederos, y que son también los hijos ilegítimos de este último.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 283/54.— Procede de Lambayeque.
Señor:

En el procedimiento no contencioso de declaratoria de herederos de doña Teresa de Guimarey Esteves de Falen, han probado su derecho sucesorio, con prueba instrumental suficiente sus hijos legítimos Esther, Elena y María Teresa Falen, declarados como tales a fs. 20, pues, su entroncamiento con la intestada está demostrado en las partidas de fs. 4, 5 y 6. En la resolución de vista de fs. 31, revocatoria en parte del apelado de fs. 20 se declara también como herederos del de cujus al cónyuge que le sobrevivió don Jacinto Falen Diez y que habiendo fallecido éste, le han sucedido los hijos legítimos nombrados anteriormente además Jorge Enrique y Jacinto Ricardo Falen, así como sus hijos ilegítimos Julio Gerardo, Bertha Lucía y Victoria Altemira Falen Gallegos, que han probado su derecho con el expediente acompañado. Funcionan, en el presente caso los arts. 760 y 765 del C.C.; el cónyuge hereda como hijo legítimo por haber sobrevivido a la esposa intestada y a la porción conyugal tienen perfecto derecho no sólo los hijos legítimos sino los ilegítimos, reconocidos tal cual lo establece el auto de la declaratoria, expedido en el acompañado, existe el orden de sucesión establecida en el 760. Por lo expuesto opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, 10 de junio de 1954.

Febres

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de setiembre de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal y considerando: que conforme a las partidas de fojas una a fojas seis han acreditado su derecho a participar en la herencia de doña Teresa Guimarey de Falen sus hijas legítimas Dora Esther, Elena Cristina y María Teresa Falen Guimarey y su cónyuge don Jacinto Falen Diez y que por otra parte del presente procedimiento no pueden ser declarados herederos como lo declara la resolución de vista a los que pretenden participar en la herencia de la misma doña Teresa Guimarey de Falen a título de herederos de don Jacinto Falen Diez; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas treintiuna, su fecha diez de diciembre de mil novecientos cincuentitrés que declara también como herederos de doña Teresa Guimarey de Falen a doña Eudocia Diez Flores, don Julio Gerardo, doña Bertha y doña Victoria Falen Gallegos; reformándola y revocando la de primera instancia de fojas veinte su fecha veintiuno de

agosto del mismo año, declara que son herederos de la nombrada causante sus hijas legítimas Dora, Esther, Elena Cristina y María Teresa Falen Guimarey y su cónyuge don Jacinto Falen Diez; y los devolvieron.– SAYAN ALVAREZ.– MAGUIÑA SUERO.– LENGUA.– TELLO VELEZ.– REMIREZ.– Se publicó. Dagoberto Ojeda del Arco. Secretario.

ANALES JUDICIALES.– 1964; pág. 17

IV,9) *Para ejercitar el derecho de representación en la línea directa, en la sucesión mortis causa, es necesario que el causante haya fallecido co nposterioridad a la persona de quien se afirma ser sucesor inmediato.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Por recurso de nulidad concedido a doña Laura Bárcena Landa y otros a fs. 62 vta. al que se ha adherido doña Rosa Bárcena de Pérez Albela, viene a conocimiento de esta Corte Suprema el presente procedimiento de declaratoria de herederos de doña Aurelia Espinoza Castro.

Conceptúo que el auto recurrido de fs. 60 está en error y que el de primera instancia está en lo cierto en parte.

Se ha impugnado el derecho de doña Rosa de Pérez Albela (fs. 6 y fs. 26), fundándose en que no es hija de don Juan Wenceslao Bárcena; empero, la objeción carece de fundamento legal no sólo porque ha sido declarada heredera de éste, en cuya representación solicita la declaración hereditaria de su abuela, sino porque la impugnación viene de quienes resultan extraños para intervenir en el procedimiento por cuanto no tienen ninguna vinculación consanguínea ni legal con el de cujus y por ende no les asiste interés alguno económico o moral que motiva la objeción a la personería y derecho de representación de la solicitante. Es más, habiendo fallecido doña Aurelia Espinoza Castro durante la vigencia del Código Civil de 1852, son sus disposiciones las que reglan el derecho hereditario que se reclama, conforme al Art. 1826 del C.C. vigente y según el Código Civil abrogado don Vicente Bárcena, padre de las objetantes, como cónyuge supérstite de la de cuus, carecía de vocación hereditaria.

La situación de doña Rosa Bárcena de Pérez Albela como heredera instituida de don Juan Wenceslao Bárcena, no es excluyente de la que le corresponde como descendiente de su abuela, fallecida muchos años antes que su hijo Juan Wenceslao. La representación, es cosa muy distinta de la calidad de heredera del padre fallecido. Cuando la ley en el Art. 679 del C.C. y su concordante 681 del mismo Código, estatuye que en la herencia de los descendientes los hijos, representan a sus padres fallecidos gozando de los derechos de éstos si vivieran, ha establecido un derecho que debe ejercitarse, justamente, en un procedimiento, como el seguido a fs. 3.

El Juez, en el auto apelado, al haber considerado a don Juan Wenceslao Bárcena Espinoza entre los herederos de doña Aurelia Espinoza Castro, no obstante haber fallecido antes de ser pedida la presente declaratoria de herederos y pese a estar comprobada la calidad de la solicitante de dicha declaratoria como su heredera, ha hecho caso omiso del derecho de representación que corresponde a doña Rosa Bárcena de Pérez Albela. La Corte Superior al excluir a ésta de la sucesión hereditaria de su abuela, ha ido contra lo que dispone la ley en los citados artículos 679 y 681 del C.C., ya que no se trata de una representación colateral sino de una sucesión hereditaria en línea recta.

En las consideraciones aducidas, apoyo mi opinión para que se declare que HAY NULIDAD en parte en el auto de vista recurrido; reformándolo debe revocarse el apelado en cuanto declara que es heredeero de doña Aurelia Espinoza Castro su hijo legítimo ya fallecido don Juan Wenceslao Bárcena Espinoza, debiendo declararse que en representación de éste es heredera de su abuela, doña Rosa Bárcena de Pérez Albela en concurrencia con los otros herederos declarados.

NO HAY NULIDAD en lo demás que el recurrido contiene.

Lima, 12 de enero de 1964.

Ponce Sobrevilla

RESOLUCION SUPREMA

Lima, ocho de abril de mil novecientos sesenticuatro.

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal; y considerando: que para ejercitar el derecho de representación en la línea directa, es necesario que el causante haya fallecido con posterioridad a la

persona de quien se afirma ser el sucesor inmediato: declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas sesenta, su fecha diecinueve de julio último, que confirmando en una parte y anulando en otra la apelada de fojas cuarentiuna, su fecha tres de octubre de mil novecientos sesentidós, declara el fallecimiento intestado de doña Aurelia Espinoza Castro y como sus herederos universales a sus hijos legítimos Carmen Olivia, Jesús Recaredo, Celestina Aurelia y Juan Wenceslao Bárcena Espinoza; y los devolvieron.– VALDEZ TUDELA.– EGUREN BRESANI.– GONZALEZ GARCIA.

Se publicó conforme a ley.– Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa 173/63.– Procede de Ica.

REVISTA DE LOS TRIBUNALES.– 1945; p. 207

IV,10) *Cuando se solicita la declaratoria de herederos de una persona que ha dejado hijos y nietos, no es necesario seguir, previamente el procedimiento para saber quiénes son herederos del hijo premuerto y deducir después quienes ejercitan el derecho de representación.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Cuando se solicita la declaratoria de herederos de una persona que ha dejado hijos y nietos, no es necesario seguir, previamente, el procedimiento para saber quienes son herederos del hijo premuerto y deducir después quienes son los que ejercen el derecho de representación reconocido en el título IV de la sección primera del Libro tercero del Código Civil. Cuando la ley dice, en su *Art. 679* que en la herencia que corresponde a los descendientes, los hijos representan a sus padres que han fallecido y gozan de los derechos que estos tendrían si viviesen, está estableciendo un derecho que ha de ejercitarse precisamente en procedimiento como el seguido en Huacho para obtener la declaración de un derecho sucesoral que corresponde a los descendientes de doña Irene Salvador de Lino. La representación es cosa distinta de la calidad de heredero del padre muerto. Representa quien es hijo legítimo, o legalmente reconocido del hijo que habría heredado al de cujus. Su situación no tiene porque subordinarse a la de heredero del padre

premuerto puesto que no se trata de su herencia, sino de la del ascendiente, para lo cual sólo necesita ser hijo de quien hubiera heredado si viviese.

La ley no exige la calidad de heredero del ascendiente inmediato porque entonces ya no se trataría de representación sino de sucesión de derechos inexistentes, puesto que los hijos sólo heredan cuando mueren el padre o la madre y aquellos están vivos. Podría darse el caso de que si hereda la viuda, ésta tendría parte en la herencia del padre o madre de su marido, lo cual iría contra el principio de que los descendientes directos tienen preferencia en la sucesión. En otros términos; se daría parte en la herencia a persona que no es descendiente.

Fallecida en Huacho la señora Irene Salvador de Lino, se pidió la herencia para sus hijos Amador, Catalina y Francisco Javier Lino Salvador y para sus nietos, los menores Julia Olinda, Elsa Yolanda y Helisembardo Lino Marcos, hijos de don Medardo Lino Salvador hijo premuerto de la causante. Estando debidamente comprobado el entroncamiento y la calidad de descendientes legítimos de todas esas personas el Juez de Chancay, declaró herederos a los hijos de la señora Salvador de Lino nombrados Amador, Catalina, Francisco Javier y Medardo, dejando a salvo el derecho de los menores para que lo hicieran valer cuando fueran declarados herederos de su padre premuerto, el referido don Medardo, a quien no obstante haber fallecido, lo consideró entre los herederos declarados, haciendo caso omiso del derecho de representación que, conforme a ley, se estaba ejerciendo en favor de ellos. La Corte Superior de Lima en el fallo de fojas veinticinco ha revocado aquel en la parte que deja a salvo el derecho de los descendientes del premuerto don Medardo Lino Salvador, declarando que los referidos menores son también herederos de su abuela doña Irena Salvador de Lino, confirmándolo en lo demás.

Estando a los razonamientos expuestos al principio de este dictamen, opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD.— Salvo mejor parecer.

Lima, mayo 9 de 1944.

Calle

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 30 de mayo de 1944.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas veinticinco, su fecha veintidós de noviembre de mil novecientos cuarentitres, en la parte materia del recurso, que revocando la apelada de fojas veintiuno, su fecha veintidós de julio anterior, declara que también son herederos de doña Irene Salvador de Lino los menores Julia, Elsa y Helisembardo Lino Marcos en representación de su fallecido padre don Medardo Lino Salvador; sin costas; y los devolvieron.

Valdivia.– Portocarrero.– Ballón.– Pastor.– Noreiga.

Se publicó conforme a ley.

A. Eguren Bresani. Secretario.

Cuaderno No. 82 de 1944.

Procede de Lima.

ANALES JUDICIALES.– 1949, p. 25

IV,11) El nieto es heredero de su abuela en representación de su padre premuerto.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Rosaura Tupayachi vda. de Gastañaga falleció sin otorgar testamento, pretendiendo su herencia sus hijos doña Rosario Gastañaga de Alcázar y don Fermín Gastañaga, así como el menor Eulogio Gastañaga Vargas, hijo a su vez, de don Máximo Gastañaga. En la sentencia de fs. 21 vta., el Juzgado de Primera Instancia declaró como herederos de la intestada a sus citados hijos legítimos dejando a salvo el derecho del menor Eulogio Gastañaga Vargas, para que lo hiciera valer en la vía ordinaria. La Corte Superior del Cuzco, a fs. 51 revocando, en parte, la sentencia apelada ha declarado que también es heredero el indicado menor, en representación de su padre premuerto, don Máximo Gastañaga. Doña Rosario Gastañaga de Alcázar ha interpuesto recurso de nulidad.

La partida de bautismo, que corre a fs. 17, acredita que el menor Eulogio Gastañaga es hijo de don Máximo Gastañaga, quien falleció en el mes

de junio de 1930, como es de verse de la partida de fs. 16 en la que se consignaban sus datos personales, entre ellos, que era hijo de don Elías Gastañaga y doña Rosaura Tupayachi. Este último dato, ha sido confirmado por ls copia certificada que obra a fs. 45, de la que aparece que se ha inscrito, por orden judicial, la partida de nacimiento de don Elías Gastañaga y doña Rosaura Tupayachi.

Queda así acreditado el derecho del menor Eulogio, para suceder a su abuela doña Rosaura Tupayachi vda. de Gastañaga, en representación de su padre, de acuerdo con el art. 679 del C.C.

Opino, que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 17 de Octubre de 1949.

García Arrese

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarentinueve.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuentiuna, su fecha catorce de junio del año próximo pasado, en la parte materia del recurso, por la que se revoca la de primera instancia de fojas veintiuna, su fecha diecinueve de julio de mil novecientos cuarentiséis, y declara también como heredero de doña Rosaura Tupayachi viuda de Gastañaga al menor Eulogio Gastañaga Vargas, en representación de don Máximo Gastañaga: condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Valdivia.– Fuentes Aragón.– Cozc.– Pinto.– León y León.–

Se publicó. Jorge Vega García, Secretario.

Cuaderno No. 1213. Año 1948.

Procede del Cuzco.

R.J.P.– 1969; p. 838.

HERENCIA.– Representación.– Hijos adoptivos.

IV,12) El hijo adoptivo no hereda, en representación de su madre adoptante premuerta. al hermano de esta.

DICTAMEN FISCAL

Exp. No. 443/68.– 4ta. Sala.– Procede del Cuzco.

Señor:

Se recurre de la sentencia de fs. 40 en cuanto no ampara la pretención de don Antonio Pacheco Ortiz para que se declare a su hijo Oscar Washington Pacheco Ortiz como heredero de don Luis Delgado Valencia.

Este menor es hijo adoptivo de una hermana pre-muerta del causante llamada doña Lucila Delgado Valencia y se sostiene su derecho como sucesor en la herencia intestada por la vía de la representación, sin reparar que ésta sólo funciona –a tenor del art. 679 del C.C.– en la línea de los descendientes consanguíneos. Como la adopción establece únicamente un parentesco de carácter civil entre el adoptante y el adoptado no puede tener en el caso de autos vigencia la representación, de suerte que no le asiste derecho al mencionado menor para que se le tenga como heredero de un hermano de su madre adoptiva.

En las instancias inferiores así se ha resuelto, por lo que la sentencia de fs. 40 que motiva el recurso de nulidad está arreglada a ley.

NO HAY NULIDAD.

Lima, 11 Marzo de 1969.

Ponce Mendoza

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dos de abril de mil novecientos sesentinueve.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declara NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuarenta, su fecha dos de setiembre de mil novecientos sesentiocho, que confirmando la apelada de fojas treintidós, su fecha veintidós de junio del mismo año, declara fundada la solicitud de fojas cinco interpuesto por doña Isabel Delgado Valencia, para que se declare el fallecimiento intestado de don Luis Delgado Valencia y por únicos y universales herederos a la recurrente, doña Isabel Delgado Valencia y a don Carlos Delgado Valencia; declararon con lugar la impugnación al apersonamiento de don Antonio Pacheco Ortiz en nombre y representación de su hijo menor Oscar Washington Pacheco Delgado interpuesta a fojas veintisiete por doña Isabel Delgado Valencia; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a la

parte que lo interpuso; y los devolvieron.– GARCIA RADA.– PALACIOS.– PORTOCARRERO.– Se publicó.– Ricardo La Hoz Lora.– Secretario.

R. J. P.– 1949; p. 361

IV,13) *Para delcarar herederos por representación no es necesaria la exhibición del testamento o la declaración de herederos del pre-muerto. Debe declararse como heredero a quien ha acreditado, mediante instrumento público, su derecho a ejercer la representación colateral. Aplicación del art. 680 del C.C.*

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 728/48. Procede de Lima.

Señor: Por auto de fs. 41 se declaró el fallecimiento intestado de doña María Esther Iglesias Montero, y como a herederos a su cónyuge y a sus hermanos legítimos e ilegítimos que allí se mencionan; entre estos últimos a don Gerardo Enrique Iglesias Yáñez o a quienes representen sus derechos.

Consta de la partida de defunción de fs. 32 que don Gerardo Enrique Iglesias Yáñez falleció con anterioridad a su hermana María Esther, y en esa virtud, se presenta su hijo don Gerardo Iglesias Vásquez, que acredita con la partida de bautismo de fs. 18, en la que consta su reconocimiento, como hijo ilegítimo, que lo es de don Gerardo Iglesias Yáñez, y por tanto con derecho a suceder a su tía María Esther, en representación de su padre pre-muerto.

El Juez considera que para declarar herederos en representación, es necesario la exhibición del testamento o la declaración de herederos del pre-muerto.

En mi concepto, estando a lo claramente establecido en el art. 680 del C.C. debe declararse como heredero a quien ha acreditado, mediante instrumento público, su derecho a ejercer la representación colateral; el temor de preterir a otros que tuvieran igual derecho, no es motivo para inhibir al Juzgado de dicha declaración,puesto que, habiéndose verificado las publicaciones de ley, todos aquellos que se presentan en el procedimiento y acreditan su derecho deben ser declarados herederos; aquellos que no lo hicieron tienen expedido su derecho en la vía ordinaria.

En consecuencia, opino se declare que *hay nulidad* en la parte del auto

materia del recurso de nulidad, o sea en cuanto declara como la apelada, se declare como heredero por representación al hijo del hermano pre-muerto o sea a don Gerardo Iglesias Vásquez.

Lima, 27 de setiembre de 1948.

Astete VArgas.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, trece de octubre de mil novecientos cuarentiocho.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuentiocho, su fecha veintitrés de junio del año en curso, en cuanto confirmando la de primera instancia de fojas cuarenta vuelta, su fecha cinco de mayo del presente año, sólo declara como herederos de doña María Esther Iglesias Montero, a su cónyuge don Aurelio Aledo Chávez, a sus hermanos legítimos Bartolomé y Domingo Iglesias Montero, y a su hermano ilegítimo don Leopoldo Eugenio Iglesias Yáñez; reformándola en esta parte y revocando en la misma la apelada: declararon que también es heredero de dicha causante don Gerardo Iglesias Vásquez, en representación de su padre don Gerardo Enrique Iglesias Yáñez; y los devolvieron.

Portocarrero.— Valdivia.— Noriega.— Cox.— Eguiguren.

Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García. Secretario.

R.J.P.— 1957; p. 460

CONTRADICCION DE DECLARATORIA DE HEREDEROS.— Representación.

IV,14) El hijo ilegítimo reconocido como tal judicialmente, representa a su padre que ha fallecido, en la herencia de su abuela y en concurrencia con sus tíos.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1025/56.— Procede de Puno.

Señor:

En el presente juicio seguido por doña María Angélica viuda de Guerra

y otras con doña Ana Guerra de Begazo sobre contradicción de sentencia, por auto de fs. 111, se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por las demandantes contra la sentencia de vista de fs. 109, que confirmando la de Primera Instancia de fs. 86, declara infundada la demanda.

Las actoras a fs. 1, entablan demanda de contradicción de la resolución recaída en el procedimiento de declaratoria de herederos de doña Paulina Guerra viuda de Guerra, en virtud de la cual se ha declarado a doña Ana Guerra de Begazo heredera de la citada causante en concurrencia con las demandantes; fundándose en que la demandada no tiene ningún derecho, ni vínculo familiar con la intestada.

Del procedimiento no contencioso acompañado, aparece que fueron declaradas herederas de doña Paulina Guerra viuda de Guerra sus hijas legítimas doña María Angélica, doña Luisa y doña Herminia Guerra, en concurrencia con doña María Guerra de Begazo, en representación de su padre pre-muerto don Néstor Rafael Guerra, también hijo legítimo de la nombrada causante, de quien doña María Guerra de Begazo ha sido declarada, a su vez, hija ilegítima, en el correspondiente juicio ordinario que al efecto siguió.

Es evidente, que habiéndose probado por la copia certificada que obra en el expediente acompañado, que doña María Guerra de Begazo ha sido declarada judicialmente hija ilegítima de don Néstor Rafael Guerra y estando acreditado, además, que don Néstor Rafael Guerra es hijo legítimo de doña Paulina Guerra viuda de Guerra y que aquél ha fallecido: su nombrada hija, tiene derecho de exigir por representación, la herencia que le corresponde en su calidad de hijo de doña Paulina Guerra viuda de Guerra.

La sentencia recaída en el juicio de filiación seguido por doña María Guerra de Begazo, tiene efectos irrevocables y en ella se funda si indiscutible base legal, para que doña María G. de Begazo sea declarada heredera, por representación, de su nombrado padre, de su abuela doña Paulina Guerra viuda de Guerra, por lo que la demanda contradictoria interpuesta a fs. 1, debe ser desestimada.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista, opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, 22 de octubre de 1956.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuentiséis.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento nueve, su fecha nueve de diciembre de mil novecientos cincuentitinco, que confirmando la apelada de fojas ochentiséis, su fecha veintisiete de diciembre de mil novecientos cincuenticuatro, declara infundada la demanda de contradicción de sentencia interpuesta a fojas una por doña María Angélica viuda de Guerra y otros contra doña Ana Guerra de Begazo; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– EGUIGUREN.– BUSTAMANTE CISNEROS.– GARMENDIA.– TELLO VELEZ.– PONCE.– Se publicó.– Walter Ortiz Acha.– Secretario.

R.J.P.– 1954; p. 1229

SUCESIONES.– Representación.

IV,15) Quien ha sido desheredado por su padre, razón por la que no se le defirió la herencia, puede heredar a la hermana de su padre en representación de éste.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1183/52.– Procede de Cajamarca.

Señor:

Don Ezequiel Malaver Pinedo, recurre de la sentencia de vista de fs. 78 vta., en la parte que, revocando la de Primera Instancia de fs. 65, declara a doña Francisca Carranza vda. de Malaver, heredera de doña Carmen Malaver Infante, en representación y como heredera testamentaria de don Esteban Malaver Infante, resolviendo que el recurrente don Ezequiel Malaver Pinedo no tiene derecho a la herencia de su nombrada tía.

La interesada doña Carmen Malaver Infante, fue hermana de don Esteban Malaver Infante. Este, en el testamento otorgado por escritura pública de 31 de julio de 1937, que corre en copia certificada a fs. 24

desheredó a su hijo Ezequiel Pinedo e instituyó como su heredera a su cuñada doña Francisca Carranza Vda. de Malaver Infante.

En conclusión, opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 8 de abril de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, ocho de julio de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y considerando: que la desheredación de don Ezequiel Malaver Pineda hecha por su padre don Esteban Malaver en la cláusula segunda de su testamento correinte a fojas veinticuatro, sólo se refiere a los bienes dejados por éste al tiempo de su fallacimiento; que los efectos de esa desheredación no pueden afectar los derechos hereditarios que corresponden al hijo en la sucesión intestada de su tía doña Carmela Malaver Infante, porque se trata de herencia distinta de la que acaba de mencionar; que don Ezequiel Malaver Pineda al concurrir en la hrencia de su expresada pariente colateral, no la hereda como sucesor de su padre premuerto sino en virtud del derecho de representación por el cual, sustituyendo a su progenitor, sucede directamente a su nombrada tía de acuerdo con lo que dispone el artículo seiscientos setentinueve del Código Civil: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas setentiocho vuelta, su fecha tres de enero de mil novecientos cincuentidós, en la parte materia del recurso, que declara que es heredera de doña Carmen Malaver Infante doña Francisca Carranza viuda de Malaver en representación y como heredera testamentaria de don Esteban Malaver Infante; reformándola en este punto: confirmaron la de Primera Instancia de fojas sesenticinco, su fecha once de octubre de mil novecientos cincuentiuno, que declara como heredero de la nombrada causante a su sobrino don José Ezequiel Malaver Pineda en representación de su padre don Esteban Malaver Infante; y los devolvieron.— SAYAN ALVAREZ.— CHECA.— MAGUIÑA SUERO.— VALVERDE.— TELLO VELEZ.— Se publicó.— Dagoberto Ojeda del Arco.—

R.J.P.– 1951; p. 1018
SUCESIONES.– Derecho de los colaterales.

IV,16) *1.– Si la herencia se defiere a los sobrinos del de cujus estos no la reciben por representación sino que deberán acreditar su entroncamiento con la causante.*
2.– Si el heredado ha fallecido antes de ponerse en vigencia el nuevo C.C., los derechos hereditarios se regulan por el C.C. abrogado.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 534/950.– Procede de La Libertad.

Señor: El Juez de Primera Instancia, por resolución de fs. 30, declara herederos de doña Margarita López Castañeda, a sus sobrinas doña Agripina López Nureña, en representación de su padre premuerto don Manuel López Castañeda, y a doña Angélica Isabel Cisneros López, en representación de su madre, doña Manuela López de Cisneros. Confirmaron esta resolución a fs. 55, el apoderado de la segunda interpone recurso de nulidad.

Las pretendientes han acreditado su entroncamiento con la causante; pero se ha impugnado el derecho de doña Agripina, fundándose en que es hija ilegítima no reconocida de su padre don Manuel López. La objeción carece de fundamento legal; pues, como aparece de la copia certificada de fs. 14, doña Agripina fue declarada heredera de su padre, en cuya representación solicita la de su tía doña Margarita López. Dicha resolución, surte todos sus efectos, mientras en la vía correspondiente no se haya contradicho, por lo que el Fiscal concluye opinando que NO HAY NULIDAD en la resolución recurrida.

Lima, 31 de julio de 1950.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diecisiete de mayo de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que habiendo fallecido intestada doña Margarita López, su sucesión tiene que regirse por las reglas del Código Civil de mil ochocientos cincuentidós, como lo prescribe el artículo mil ochocientos treinta del Código vigente; que

reclamando la herencia doña Angélica Isabel Cisneros López y doña Agripina Enriqueta López Nureña, como sobrinas de la nombrada intestada, no es el caso de representación que establece el artículo seiscientos cuarenticuatro del Código derogado sino el de sucesión directa; que para dicho efecto, resulta acreditado el entroncamiento de doña Angélica Isabel Cisneros López con la partida de fojas seis, como sobrina de la intestada, no así el de doña Agripina Enriqueta López Nureña con la partida de bautismo exhibida a fojas catorce declararon HABER NULIDAD en el auto de vista de la parte materia del recurso, que confirmando el de Primera Instancia de fojas treinta, su fecha diez de diciembre de mil novecientos cuarentinueve, declara que doña Agripina Enriqueta Nureña es heredera de doña Margarita López Castañeda; reformándolo y revocando el apelado declararon que doña Agripina Enriqueta López Nureña no es heredera de la intestada, y los devolvieron.

Zavala Loaiza.— Láinez Lozada.— Cox.— Eguiguren.— Sayán.

Se publicó conforme a ley.— Francisco Velasco Gallo, Secretario.

A. J.— 1952; p. 19

IV,17) *La porción de la herencia que correspondería a los hijos del heredero premuerto en virtud de la representación, acrece el derecho sucesorio de los sobrevivientes, al no haberse determinado en el testamento la fracción de herencia que se deja a cada heredero; de conformidad con lo preceptuado en el artículo 802 del Código Civil.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

A fs. 50 don Ermenegildo Giannoni por su esposa doña Rosa Tami de Giannoni y como apoderado de doña Olinda Tami de Beltrami y don Juan Leopolodo Tejada por doña Rosa Tejada viuda de Tami y sus hijos, solicitan que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 657 del C.C. se les entregue, bajo inventario, todos los bienes que forman la herencia de don Germán Tami Notari, que constan del recurso de fs. 16 y 17 de la diligencia preparatoria que acompañan conjuntamente con el testimonio de protocolización del expediente seguido por don Juan Giannoni y otros sobre

comprobación del testamento de don Germán Tami y demás documentos que acreditan el pago del impuesto correspondiente. Por auto de fs. 50, su fecha 7 de abril último, el Juez de Primera Instancia accedió a dicha petición; pero como a fs. 65 doña Juana Vela vda. de Tami y doña Amalia Puell de Rodríguez se oponen a la entrega ordenada, se tramita dicha oposición y de conformidad con lo opinado por el Agente Fiscal, doctor Portocarrero, por auto de fs. 78 vta. se declaró sin lugar y se mandó llevar adelante las entregas ordenadas; pero la Corte Superior de Lima, por resolución de fs. 86, ha revocado el apelado, declarando fundada dicha oposición, lo que motiva el recurso de nulidad concedida a don Ermenegildo Giannoni y otro, por auto de fs. 87 vta. Del testimonio de protocolización del expediente seguido por don Juan Giannoni y otros sobre comprobación del testamento de don Germán Tami que obra a fs. 30, aparece que el Sacerdote peruano don Germán Tami falleció en Lugano, Suiza, el 1o. de febrero de 1948, bajo el testamento ológrafo que otorgara en la Parroquia de Arzo, Cantón Ticciano, Suiza, en 16 de julio de 1937 y que ha sido declarado como su última voluntad por resolución de 14 de febrero de 1950. En este testamento, don Germán Tami distribuye su herencia entre sus cinco hermanos: Pedro, Plácido, Lucio, Rosita y Olinda. Según la partida de defunción de fs. 72 don Plácido Tami falleció el 19 de junio de 1943 y según copia certificada de fs. 63 fueron declarados sus herederos, sus hijos legítimos Manuel Jesús y Rosalía Tami Puell y la cónyuge sobreviviente doña Amalia Puell García. Según la partida de fs. 73 don Luis Tami falleció el 29 de mayo de 1944 y de la copia simple de fs. 59 aparece que por resolución de 25 de julio del mismo año, fueron declarados sus herederos sus hijas legítimas María Leyda y Nelly Carmela Tami Vela y su cónyuge, doña Juana Vela. Doña Juana Vela vda. de Tami y doña Amalia Puell de Rodríguez formulan la oposición de fs. 65 alegando que habiendo fallecido don Plácido y don Lucio Tami, instituidos herederos en el citado testamento, en virtud de lo que dispone el artículo 680 del C.C. debe considerarse con los hermanos sobrevivientes a los hijos de los hermanos premuertos y que pretender que los bienes dejados por el causante se reparta entre las dos hermanas supervivientes y los herederos de don Pedro Tami, importa preterir y desheredar contra expresa voluntad del testador, a quienes deben concurrir en la herencia. Según el artículo 703 del C.C. el que carece de cónyuge o de parientes de los indicados en los artículos 700 y 701 del mismo Código, tiene la libre disposición del total de sus bienes y como

esos artículos se refieren a los descendientes, o padres, o hijos adoptivos, o descendientes, de éstos, o ascendientes, es evidente que el vigente Código Civil no considera a los hermanos como herederos forzosos; pero en el caso de autos, como don Germán Tami no tenía herederos forzosos, instituyó como sus herederos a sus ya nombrados cinco hermanos. Habiendo fallecido don Lucio y don Plácido antes que el testador, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2o. del artículo 752 del C.C. caducó la institución de heredero hecha en favor de los dos nombrados hermanos del causante y no procede aplicar el artículo 680 del C.C. sobre la representación en la línea colateral, que se refiere a la sucesión legal; pero no a la testamentaría y como el testamento se hizo sin determinar la fracción de la herencia que se dejaba a cada heredero, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 802 y 726 del mismo Código, los herederos testamentarios tienen derecho de acrecer y en consecuencia, deben repartirse en iguales partes la herencia que correspondía a don Lucio y a don Plácido. La oposición formulada a fs. 65 carece de fundamento y debe declararse sin lugar, ordenando que se lleve adelante las entregas ordenadas por auto de fs. 50. Por las consideraciones expuestas, opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que HAY NULIDAD en el auto recurrido y reformándolo confirmar el de Primera Instancia de fs. 78 vta. que declara sin lugar la oposición deducida a fs. 65.

Lima, 14 de enero de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiséis de mayo de mil novecientos cincuentidós.

Vistos; en discordia; con los votos escritos de los señores Vocales, doctores Zavala Loayza y Delgado, que rubricará el secretario; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; y considerando: que según el testamento ológrafo que en copia certificada corre a fojas treinta vuelta, don Germán Tami instituyó como sus herederos a sus hermanos Rosa, Pedro, Olinda, Plácido y Lucio, falleciendo antes que él los dos últimos; que por el deceso de éstos, conforme a lo que dispone el inciso segundo del artículo setecientos cincuentidós del Código Civil, caducó la institución efectuada en su favor; que produida esa caducidad, en el proceso ordinario de la devolución hereditaria, debería corresponder a los descendientes de los mencionados

premuertos la porción vacante de la herencia, en virtud del derecho de representación que instituyen los artículos seiscientos setentidós y seiscientos ochneta del referido Código; que en el presente caso los herederos que designa la mencionada cláusula testamentaria por estar llamados conjuntamente, sin determinación de la fracción de la herencia asignada a cada uno, laparte vacante de los premuertos, de acuerdo con lo que preceptúa el artículo ochocientos dos del precitado cuerpo de leyes, acrece el derecho sucesorio de los sobrevivientes, quedando de este modo desplazada la representación por el acrecimiento; que dicho acrecimiento tiene por único y definitivo título la cláusula testamentaria que reúne, según su propio tenor, los requisitos que dan existencia a la denominada figura jurídica expuesta, por lo que carece de objeto que se promueva acción y se pronuncie decisión judicial para que sea reconocido el acrecimiento: declararon HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas ochentiséis, su fecha ocho de noviembre de mil novecientos cincuentiuno, que revocando el apelado de fojas seteintiocho vuelta, su fecha veintiuno de mayo del mismo año, declara fundada la oposición deducida por doña Juana Vela viuda de Tami y doña Amelia Puell de Rodríguez, en su escrito de fojas sesentiocho; reformándolo: confirmaron el de primera instancia que declara sin lugar dicha oposición; y los devolvieron.— Eguiguren.— Sayán Alvarez.— Checa.— Valverde.

Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

Según el artículo 1085, inciso 4o. del C. de P.C., es resolución nula la expedida sin demanda, o sin contestación expresa o tácita en los casos en que la ley prescribe este trámite. Sin embargo de que el presente asunto es contencioso, como aparece del escrito de fs. 50 y de la oposición de fs. 65, ha sido resuelta sin que se haya entablado demanda con arreglo a ley. Por consiguiente, la resolución materia del recurso adolece de nulidad, por haberse realizado el caso previsto en la disposición legal citada. En virtud de estas consideraciones, nuestro voto es en el sentido de que debe declararse nulo el auto recurrido. Insubsistente el de Primera Instancia y Nulo también todo lo actuado en el proceso.

Lima, abril 1o. de 1952.

Zavala Loaiza.— Delgado.

Se publicó conforme a ley. Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

Exp. 1047/51.— Procede de Lima.

R.J.P.– 1952; p. 3077
HERENCIA.– Por representación.

IV,18) *Los herederos del hijo reconocido premuerto heredan al abuelo en representación de su padre, no obstante que el abuelo hubiere omitido en su testamento designarlo como tal heredero.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 302/952.– Procede de Tacna.

Señor: En el presente juicio seguido por don Carlos Portocarrero, tutor del menor Juan Hugo Rondón con las testamentarías de don Tomás Rondón, sobre nulidad de cláusula testamentaria, por auto de fs. 140 vta. se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por doña Narcisa Acevedo viuda de Rondón contra la sentencia de vista de fs. 138, que confirmando la de primera instancia de fs. 112, declara fundada la demanda de fs. 8; infundada la reconvención y fundada la excepción de prescripción.

Con la prueba actuada se ha acreditado que don Tomás Rondón no estaba impedido cuando tuvo relaciones maritales con doña Bárbara Espinoza y con doña Zelmira Dávila, de cuya relación nacieron Ignacio de la primera, y Fidelina de la segunda hijos que fueron debidamente reconocidos como aparece de fs. 36 y 40 y como consta en el testamento de fs. 42 don Tomás Rondón al primero de sus hijos le da la calificación de hijo natural y a los hijos de éste, el de nietos, omitiendo en dicho testamento referirse a su hija Fidelina. En la presente controversia se trata de establecer si Hugo y Tomás Rondón pueden solicitar la herencia que les hubiera correspondido a sus padres, en el caso de que estos vivieran, en representación de ellos que han fallecido, amparados en lo que establece la primera parte del art. 679 del C.C. concordante con los arts. 700, 765 y 772 del mismo Código. La condición de Fidelina está acreditada con el documento de fs. 40 y las declaraciones testimoniales de fs. 53 y fs. 53 vta. de los que aparece que es hija ilegítima de don Tomás Rondón, la que por ser heredera forzosa del testador no puede desheredarla tácitamente, como lo sostiene la demanda, sino en forma expresa y por causa justa debidamente consignada, según lo dispone el art. 716 del C.C., con lo que evidentemente se ha probado que la nombrada hija del testador ha sido preterida por su padre y como éste ha dejado descendientes

con derechos a heredar, es evidente que la cláusula sexta del citado testamento es nula, procediendo en consecuencia declarar fundada la demanda y que Juan Hugo y su hermano Tomás Rondón R., son herederos de su abuelo don Tomás Rondón no sólo como hijos de su padre don Ignacio Rondón y en su representación, sino también en representación de su madre premuerta, Fidelina Rondón, conjuntamente con doña Narcisa Acevedo viuda de Rondón y de acuerdo con lo que establece el art. 753 del C.C. La reconvención formulada por la demandada es infundada y la excepción de prescripción deducida a fs. 86 debe declararse fundada.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista, opina que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido, salvo mejor parecer.

Lima, 31 de julio de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de noviembre de mil novecientos cincuentidós.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento treintiocho, su fecha trece de mayo del presente año, que confirmando la de primera instancia de fojas ciento doce, su fecha primero de diciembre de mil novecientos cincuentiuno, declara fundada la demanda de fojas ocho por el doctor Carlos Portocarrero y, en consecuencia, la caducidad del testamento otorgado por don Tomás Rondón que, en copia, corre a fojas cuarentidós, en la parte que daña los derechos de los hermanos Juan Hugo y Tomás Rondón, y, en tal virtud, nula la cláusula sexta de aquél, en cuanto omite, como su heredera, o su hija ilegítima reconocida, Fidelina Rondón, fallecida el treinta de diciembre de mil novecientos treintiocho, dejando descendientes con derecho a heredarla; infundada la reconvención y fundada la excepción de prescripción con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Sayán Alvarez.— Checa.— Garmendia.— Maguiña.— Valverde.

Se publicó conforme a ley.— Dagoberto Ojeda del Arco, Secretario.

A.J.– 1963; p. 404
I
DERECHO CIVIL
REPRESENTACION HEREDITARIA.–

IV,19) *Los descendientes en línea recta descendente en ningún caso heredan por derecho propio sino por representación y gozan de los mismos derechos que hubiesen tenido sus padres si viviesen.*

Exp. No. 1242-72-Lima.

Lima, veintisiete de Marzo de mil novecientos setentitrés.

Vistos; por los fundamentos pertinentes de la apelada; y considerando además: que en la herencia que corresponde a los descendientes, los hijos representan a sus padres que han fallecido y gozan de los derechos que éstos tendrían si viviesen, como lo dispone el artículo setecientos sesentinueve del Código Civil; que los descendientes en línea recta, en ningún caso heredan por derecho propio, sino por representación; que la representación –sea considerada como ficción o como derecho– proviene de la ley y da a los hijos la porción que habría tenido su padre si estuviera vivo; que los representantes por sucesión no pueden pretender más de lo que corresponde al representado y lógicamente, aquéllos cualquiera que sea su número no deben formar más de una sola cabeza en la sucesión y es por ello que el artículo setecientos sesentiuno prescribe que los descendientes, solos o en concurrencia con hijos, heredan por estirpes, razón por la cual también sólo hay representación en la línea descendente y no en la ascendente; que en el caso de autos, los hijos de doña Clara Dueñas Rojas de Santos, en su calidad de descendientes del causante, no heredan por derecho propio, sino en representación de su referida madre pre-muerta, como lo ratifica el propio testador y no son herederos únicos, sino en concurrencia con la cónyuge supérstite; que la herencia por estirpe la ha establecido el Código Civil para evitar que se perjudiquen los co-herederos, como consta de la Exposición de Motivos al razonar que así como la muerte del padre a quien representan no debe perjudicarles, tampoco es conveniente que les aproveche; que la intención del legislador, desprendida de las Actas de la Comisión Revisora es que al cónyuge se le reconoce el derecho a los gananciales en propiedad absoluta, independientemente de la cuota viudal, en la misma forma que la legítima que la ley acuerda a los hijos legítimos; que la disposición del artículo setecientos

sesenticinco del Código Civil para su cabal sentido debe interpretarse relacionándola con las disposiciones citadas y en sus dos partes, esto es, que si hay hijos u otros descendientes, el cónyuge hereda una parte igual a la de un hijo legítimo con observancia de la regla del artículo setecientos cuatro, pero si los descendientes son legítimos, la cuota del cónyuge no excederá de la cuarta parte, de donde se infiere que si los descendientes son ilegítimos, como en el caso de autos, no funcionan aquellas limitaciones; que la tendencia actual es aplicar el artículo setecientos cuatro sólo en el caso de concurrencia del cónyuge con hijos legítimos, tratando de que la masa hereditaria se entregue a cabalidad al núcleo familiar íntimo, sin mayores extensiones: declararon HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas doscientas cincuenta, su fecha doce de Octubre del año próximo pasado, en cuanto revocando la de primera instancia de fojas ciento noventiocho, fechada el veintisiete de diciembre de mil novecientos setentiuno, declara que la partición debe efectuarse teniéndose en cuenta que el derecho de la cónyuge debe regularse, conforme a las reglas contenidas en el artículo setecientos cuatro del Código Civil y establece la proporción en que debe hacerse la partición de los bienes; reformándola en estos extremos: confirmaron la de primera instancia que declara fundada en parte la demanda de fojas tres y, en consecuencia, que la división y partición debe efectuarse en la siguiente proporción: a doña Angélica Alvarado viuda de Dueñas, el cincuenta por ciento de los bienes como gananciales; y el tercio de libre disposición de la masa hereditaria y, además, dos tercios de la legítima (constituida después de restado el referido tercio de libre disposición) y, como albacea, el dos por ciento de los bienes dejados por el causante y el cinco por ciento de la renta de los mismos, conforme a la cláusula sexta del testamento y el artículo setecientos cuarentiuno del Código Civil, debiendo radicar especialmente esta participación en los inmuebles señalados en la propia cláusula sexta del testamento; a doña Clara M. Santos Dueñas de Borda el setenticinco por ciento del tercio restante de la herencia, por su propio derecho y como co-heredera de su hermano Víctor Ignacio Santos Dueñas; y a don Víctor Armando Santos Cáceres el veinticinco por ciento, saldo restante de dicho tercio; que no procede fijar renta al inmueble ubicado en la avenida Bolognesi y ocupado por la cónyuge; debiendo efectuarse esta partición por peritos que designará el Juzgado y previa tasación, una vez ejecutoriada la sentencia; sin costas; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los

devolvieron.– PONCE MENDOZA.– BALLON-LANDA.– LEON MONTALBAN.– LLOSA RICKETTS.– GARCIA CALDERON.– Se publicó conforme a ley.– Fausto Viale Salazar.– Secretario General.–

IV.– LA REPRESENTACION

La ejecutoria IV,8) de 22 de setiembre de 1954, importa un juzgamiento irrebatible, al negar el derecho de representación, por no darse ninguno de los supuestos de los arts. 679 y 680. La representación conforme a éstos funciona sólo en la línea de descendientes (ej., nieto que hereda en representación del padre pre-muerto) y en línea colateral (cuando concurren hermanos del causante e hijos de un hermano premuerto, que así son sobrinos del causante). La ejecutoria al desechar la representación pretendida por hijos del cónyuge de la causante de la herencia (que no eran parientes de dicha causante). estuvo en lo cierto, pues no era del caso aplicar ninguno de los citados arts. 679 y 680.

La ejecutoria IV,1) de 22 de abril de 1940, decidió un caso en el sentido de *non datur representation,* al estimar que no se da ésta en favor del nieto cuyo padre ha premuerto, para heredar al abuelo, si no existe título en cuanto a la vinculación entre representante (el nieto del causante) y representado (el padre de ese nieto del causante), pues por tratarse de un hijo ilegítimo (el pretenso representante) ante el padre (el representado), su filiación no está acreditada por reconocimiento del último ni por decisión judicial. Fuera de lo anterior, la abuela, la causante de la herencia, hubiera podido instituir como legatario universal a esa persona a la que le atribuyo la calidad de nieto, sin serlo, como lo hubiera podido hacer respecto a cualquiera persona, al no tener ningún heredero legitimario. Pero ello importaba una situación diferente de la que se ofreció, dando origen a la ejecutoria de que ahora se trata.

La ejecutoria IV,2) de 15 de julio de 1943, concierne a un caso de representación colateral. No aparecen de las sentencias inferiores o informes fiscales, si al morir el *de cujus,* dejó como heredero a algún hermano sobreviviente junto a hijos de otros hermanos premuertos, que vendrían a estar en el caso de la representación del art. 680 y que así serían sobrinos de dicho *de cujus,* pues si no existía junto con estos sobrinos un hermano heredero sobreviviente, no podría haber representación, de acuerdo con el art.

680. Sin embargo, parece que tal fue el caso. Entonces, no debió plantearse el asunto de la representación, sino que los tres sobrinos (hijos del hermano premuerto) heredaban *jure propio* con vocación inmediata y directa como sucesores de tercer grado y dentro del quinto orden del art. 760. Si así es, efectivamente la herencia correspondería por partes iguales a dichos sobrinos, pese a que dos de ellos eran hijos ilegítimos de un hermano (del de cujus) premuerto, y el otro era hijo legítimo, por funcionamiento del art. 771. Así se declaró en la ejecutoria, pero parece que a base de un criterio erróneo; suponer que funcionaba la representación del art. 680. En el caso de que concurriesen a la herencia un hermano y los hijos de otro hermano premuerto (por la representación del art. 680) entonces la mitad de la herencia correspondería al hermano y la otra mitad se dividiría entre los herederos (representantes) del hermano premuerto (representado), por partes iguales entre éstos últimos, sin distinguir según que uno de ellos sea ilegítimo y el otro u otros legítimos, aplicándose pues el art. 762 del Código, porque los representantes no heredan a su representado (su padre muerto) sino a su abuelo.

Las ejecutorias IV,3) 4), 5), de 31 de julio de 1945, 23 de Abril de 1962 y 26 de Mayo de 1964, respectivamente sostienen el criterio acertado, en el sentido que sólo hay representación si concurren a la herencia de una persona junto con hermanos de ésta, hijos de un hermano premuerto (sobrinos del causante).

En la ejecutoria IV,15) de 8 de julio de 1954 no aparece con claridad el asunto a que ella se contrae y por ello es difícil explicarse la solución legal adoptada. Lo que aparece de la Vista Fiscal y de la Resolución Suprema, es que una persona (Esteban Malaver) deshereda a su hijo (Ezequiel Malaver) sin haberse utilizado la contradicción admitida por el art. 715. Cuando la sentencia considera que la desheredación sólo produce efectos en cuanto a los derechos que correspondían al desheredado (el hijo), en la herencia del desheredante (el padre), naturalmente está en la cierto. La cuestión planteada no se refiere a la herencia del desheredante (Esteban Malaver). Este murió y le sobrevivió su hermana (Carmen Malaver), quien al morir dio lugar a la respectiva delación hereditaria. El hijo desheredado por ser padre (Ezequiel Malaver) reclamó la herencia de su tía (hermana de su padre, Carmen Malaver). No sabemos, pues de la Vista Fiscal y de la resolución no aparece si reclamó la herencia de Carmen Malaver, además de ser sobrino (Ezequiel

Malaver), algún hermano sobreviviente de dicha Carmen, o si no hubo ningún hermano sobreviviente. Si esto último ocurrió, entonces no se está para nada frente a la representación colateral del art. 680, pues conforme a éste es necesario la copresencia de un hermano y de un sobrino (hijo de un hermano premuerto) como herederos del *de cujus* y, por lo tanto, *in casu* Ezequiel tenía derecho a heredar de su tía Carmen, no por sucesión en representación, sino directamente por llamamiento del quinto orden, como pariente colateral de tercer grado, que determina el art. 760. Si hubo hermano sobreviviente de la causante, Carmen Malaver, su sobrino Ezequiel concurre a la herencia en representación del padre del último, Esteban Malaver. La cuestión a compulsar es si por razón de la desheredación del padre el hijo carece del derecho de representarlo en la herencia proveniente de la hermana del primero. La respuesta tiene que ser negativa. El título del representado subentrante es propio y autónomo, y la exclusión sucesoria por desheredación sólo tiene lugar en cuanto a la sucesión misma del desheredante y el desheredado, pero no de otra persona que sea causante de la herencia.

En cuanto a como dividirse la parte hereditaria que corresponde a los representantes (lo que parece indicar que hubo el supuesto de la representación prevista en el art. 680), siendo así que uno de los representantes era hijo legítimos del representado y dos representantes eran hijos ilegítimos, la cuestión debatida gira acerca de si la herencia que correspondía a los representantes debía dividirse por iguales partes entre todos los herederos solicitantes, o dividirse, de tal modo que la mitad correspondiese al hijo legítimo del representado y la otra mitad correspondiese a los dos hijos ilegítimos por iguales partes, que así recibirían cada uno la cuarta parte de la herencia. Este mismo asunto se planteó en la ejecutoria IV,7) y nos remitimos al comentario que allí hacemos.

La ejecutoria IV,7) de 19 de setiembre de 1946, resuelve la cuestión relativa a las proporciones que corresponden a los sobrinos del *de cujus* cuando concurren a la herencia, en la representación en línea colateral, de una persona que dejó junto con hermano sobreviviente con derecho a heredarlo, hijos de otro hermano premuerto, que así son sobrinos del causante, funcionando el art. 680; siendo la cuestión a considerar en que proporciona intervienen esos sobrinos si unos son hijos legítimos y otros ilegítimos del representado.

La cuestión debatible se da aquí en lo concerniente a cómo debe

dividirse la parte del hermano premuerto (el representado) entre los hijos de éste, en la herencia de la tía de los últimos, cuando de dichos hijos del hermano premuerto dos son ilegítimos y uno es legítimo. La cuestión se plantea así: ya bien esos herederos que tienen el *jus successionis por representationem* se reparten la herencia desigualmente por inferencia del art. 762 que dice que el hijo ilegítimo hereda la mitad que el hijo legítimo, o ya bien todos los hijos reciben porciones iguales. Esta última solución es la que debe prevalecer. En efecto, la representación dentro de la línea colateral (como también puede ocurrir dentro de la representación en las líneas descendientes, por ejemplo: si A, el causante, deja un hijo B habiendo premuerto otro hijo C, quien resulta representado por el hijo de éste, D), la división de la herencia se hace por estirpes y dentro de cada estirpe la subdivisión, en su caso, se hace por cabezas, recibiendo cada uno una parte igual a las otras partes que están en el mismo grado.

La ejecutoria IV,2) de 15 de julio de 1945, antes citada, obedece también a la misma tesis en cuanto a cómo debe ser distribuida la herencia en caso de representación en línea colateral, estableciendo que no debe hacerse distinción por razón de doble o simple vínculo.

La ejecutoria IV,12) de 2 de abril de 1969 establece que el hijo adoptivo no hereda en representación de su madre adoptante premuerta, al hermano de ésta. El caso juzgado fue que fallecido don Luis Delgado Valencia, su herencia correspondió a sus herederos, y a sus hermanos sobrevivientes , y no al hijo adoptivo (Oscar Pacheco Ortiz) de otra hermana, ya fallecida, Lucila Delgado Valencia; operando, aquí, pues, el mandato del art. 680. La solución es acertada, si se tiene en cuenta lo ordenado en el art. 333 del C.C., que dice que el parentesco proveniente de la adopción se limita al adoptante y adoptado y los descendientes legítimos de este.

La solución de la ejecutoria IV,10) de 30 de mayo de 1940, parece recomendable en cuanto evita un trámite inútil, ya que el entroncamiento y por lo tanto el carácter del representante resulta acreditado en relación a la persona a quien se representa. Desde luego, cabe que procedimiento respectivo el derecho hereditario invocado por el representado, en cuanto se discuta el *status* mismo del representante bocado en su relación legal con su representado.

La ejecutoria IV,6) de 28 de mayo de 1958 aplica la representación sucesoria en línea directa para descendiente (art. 679), declarando que tenía

derecho a la herencia de su abuelo la nieta de éste en representación del padre de la última que era hijo de la causante. La ejecutoria declara como herederos de la causante a sus hijos supérstites y a la hija de otro hijo, a pesar de que ésta última haya sobrevivido a la causante, o sea, que ésta falleció posteriormente, pero antes de iniciarse la declaratoria de herederos del *de cujus* de que se trata. La ejecutoria consideró que la nieta de la causante (su abuela) que era hija del hijo de su causante, puede concurrir a la herencia conjuntamente con los otros hijos del causante, en mérito de la representación a que concierne el art. 679. La solución es criticable, pues la representación supone que el representado haya premuerto al causante. El art. 679 precisamente dice que los hijos representan a sus padres "que han fallecido", es decir, que la premoriencia es indispensable. El caso es el que se expone en seguida.

Eudocia Huara Moyano viuda de Mendoza murió y al morir le sobrevivieron varios hijos ilegítimos, que por lo tanto tenían derecho a la herencia; pero su hijo ilegítimo Pedro Antonio Mendoza no había premuerto. La hija de éste, nieta del causante, pretendía que se le declarase heredera en representación de su padre, pese a hallarse éste vivo en el momento mismo de la muerte del causante (murió después, y antes que se procediera a la declaratoria de herederos de dicha Eudocia Moyano viuda de Mendoza). Es indudable que en lo que respecta a dicha doña Eudocia, al morir la heredaba en su parte correspondiente su hijo, el mentado Pedro Antonio, según lo manda el art. 657, en virtud de que *quia statum ipse jure heredes existunt.* Luego, en esa parte no podía heredar a la misma causante otra persona, aunque fuera hija del hijo que heredó ya a la causante: *semel heres semper heres.* La solución legal apropiada debió ser que se siguiese la declaratoria de herederos de dicho Pedro Antonio, y con este título reclamase la parte que correspondía a éste en la herencia de doña Eudocia, hija de dicho Pedro Antonio Mendoza.

Con criterio diferente a la ejecutoria anterior, la ejecutoria IV,9), de 8 de abril de 1974 substenta certeramente que para que exista representación es indispensable la premorencia del representado en relación a la persona de cuya herencia se trata; así *in casu,* se resolvió que habiendo premuerto un hijo de la causante lo heredaba la nieta de éste (hija, pues, del hijo premuerto de la causante) es decir, que se tuvo en cuenta que como enseñaba Bartolo, *sublata filio de medio, nepos succedi loco filii.*

Las ejecutorias IV,11) y IV,14), de 24 de octubre de 1949 y de 29 de diciembre de 1956, importan la pertinente aplicación de la representación en línea de descendientes (arts. 679 y 681).

La ejecutoria IV,16), de 16 de mayo de 1951, estableció que debía tomarse en consideración las disposiciones del Cod. anterior, por aplicación del art. 1830 del vigente, y por lo tanto no cabía aplicar el art. 644 de dicho Cod. anterior por no tratarse derepresentación, sino de derecho hereditario directo de las sobrinas del causante. La ejecutoria produce cierta dificultad en cuanto al asunto planteado, pues si los pretendientes a la herencia eran sobrinas, en ningún caso cabía la representación en línea de descendientes y claro está que de ninguna manera puede solicitarse por esa vía la herencia. Como hubo otro pretendiente a la herencia, también éste debió ser sobrino de la causante; de otro modo habría podido funcionar la herencia en línea colateral, prevista en el art. 647 del Código derogado.

La ejecutoria IV,19) de 27 de marzo de 1973, dice que el descendiente (nieto) en línea recta no hereda por derecho propio, sino en cuanto representa al padre, representado en los mismos derechos que hubiesen correspondido a éste (*quam qui principaliter herede existunt*). La solución es inobjetable.

La ejecutoria IV,18), de 22 de noviembre de 1952, consagra el principio de que los nietos en representación del padre premuerto, heredan al abuelo de aquellos (*sublata filio de medio, nepos succedit loco fili*); lo cual es indiscutible de acuerdo al rt. 679. Desde luego, es necesario que se pruebe el respectivo entroncamiento; lo que ocurrió en el caso juzgado.

La ejecutoria IV,17), de 26 de Mayo de 1952, resolvió un caso que se relacionaba con el Art. 726, concordante con el 802 sobre acrecencia entre herederos voluntarios o legatarios. Pero sobre todo se relaciona la ejecutoria con la figura de la representación en cuanto al Art. 680. El caso fue el siguiente:

> Una persona designó por testamento como sus herederos universales a cinco hermanos; dos de ellos murieron antes que el testador. Se suscitó la cuestión judicial sobre si los hijos de los dos hermanos muertos debían heredar por representación de acuerdo al Art. 680, o si por el contrario no funcionaba esa representación por haber tenido estos hermanos el carácter de herederos testamentarios, aplicándose el inciso 2o. del Art. 752, sobre caducidad del testamento en esa parte, en

cuanto a los dos hermanos premuertos y, en consecuencia, viniendo a corresponder toda la herencia a los tres hermanos del causante que vivían a la muerte de éste, procediendo el acrecentamiento que prevé el Art. 726, concordante con el 802.

Es decir, fundamentalmente se discutió si funcionaba o no funcionaba la representación en línea colateral en el caso planteado. La ejecutoria sentenció a base del criterio negativo sobre el particular, sosteniendo que tal representación opera sólo cuando se trata de herederos legales, pero no de herederos testamentarios. La solución adoptada por la ejecutoria es criticable. Los dos hermanos premuertos eran herederos legales como los otros tres que sobrevivieron. No hubo otros herederos legales con mayor vocación sucesoria. La circunstancia de que en el testamento se designase a los dos hermanos que premurieron como herederos, fue sólo una declaración confirmativa de la condición que intrínsecamente correspondía a los cinco hermanos, inclusive pues a los dos que premurieron. La representación funciona dentro de los supuestos a que se refiera el artículo 679, para descendientes, y el 680, para sobrinos. Esto es lo fundamental. No funciona en otros supuestos y, por lo tanto, no funciona cuando se designa herederos por testamento que no son herederos que caen dentro de los supuestos de los artículos 679 y 680. Es decir, que la cuestión que se planteó y resolvió por la ejecutoria, fue si la representación puede o no puede funcionar en cuanto a herederos legales designados como herederos testamentarios, o sea si esos herederos caen dentro de la previsión del Art. 680. La representación debe funcionar en tal supuesto. Sobre el particular nos remitimos al comentario que en relación a este punto hace Lanatta en su libro Derecho de Sucesiones (Pág. 410 y s.) sosteniendo que la presentación también debe funcionar en la sucesión testamentaria. Al respecto considera que la representación está ubicada en la sección primera del libro tercero, que respecta a "la sucesión en general"; que el causante puede tener herederos necesarios, como los descendientes o el cónyuge y los designe como sus herederos por testamento, y que de premorir alguno de esos herederos en relación al *de cujus,* perdería sus descendientes su derecho a participar en la herencia por la parte que correspondía a su representado; que si el causante tiene hermanos, que son los herederos de éste y los designa como tales herederos por testamento, no pueden perder su derecho los hijos del hermano premuerto, debiendo tenerse en cuenta el funcionamiento de la respectiva representación. La verdad es que sería ilógico

que existiendo el *status* sucesorio por representación que puede recaer en determindas personas *sicut lex*, lo viniesen a perder poa la circunstancia, en buena cuenta intrascendente, de que el causante designe como herederos precisamente a tales personas en cuanto al *jus succedere* que les correspondería si sobreviviesen al causante, y que por la premorencia de esas personas viene a corresponder a sus descendientes, conforme a los arts. 678 y 680.

Puede darse el supuesto de que el *testator* designe como sus herederos a sus hermanos (no teniendo herederos forzosos), con excepción de uno. Ello es posible, ya que el hermano es heredero legal, pero no legitimario. En el supuesto referido no habría representación en lo atinente a los hijos del ese hermano no llamado a suceder testamentariamente, por morir antes que el *de cujus*.

Deberíase examinar con mayor atención lo concerniente a la representación y a las designaciones hereditarias cuando estas recaen en personas que son herederas legales del testador. Desde luego, no puede haber representación sino en los supuestos de una relación familiar como la establecida en los artículos 679 y 680. Si coincide la designación mediante *testamentificatio* con el derecho hereditario *ex lege*, en los supuestos de los arts. 679 y 680, la representación funciona sin ninguna dificultad. Pero de otra manera no podría funcionar. Por ejemplo, si se designa en testamento como heredero al padre, que es el heredero legal, y éste premuere al testador, en cuanto a los hijos de dicho padre (hermanos, por lo demás, del testador), se ofrecería la situación de *non datur representatio* (aunque dichos hijos del padre nombrado heredero testamentario heredasen al fallecido por otro medio, por llamamiento legal como hermanos, es decir, por *jure propio* y no por representación de nadie). Otro ejemplo podría consistir si se designa testamentariamente como heredero a un pariente colateral de tercer grado y tal heredero premuere, en cuya hipótesis no habría representación. Esta en general sólo opera en los supuestos en que legalmente se halla establecida, es decir, en los supuestos considerados en los arts. 679 y 680. Lo que sucede es que la *heredes institutio* por testamento de persona que puede originar representación en base a tales dispositivos, no hace desaparecer tal representación.

Puede darse el caso de hermanos designados herederos por testamento, ocurriendo que son a su vez herederos fuera del testamento, por llamamiento legal, y puede suceder entonces que uno de ellos no sea designado en el

testamento como heredero (lo que puede hacerse, como se vio antes, pues los hermanos no son herederos forzosos) y ahora bien, ¿qué ocurriría si premuere uno de los hermanos designados como sucesores testamentarios, el cual por la circunstancia indicada, de la eliminación de otro hermano, debe recibir más que su cuota legal? Así supóngase que A), que tiene hermanos B), C) y D) designa como sus herederos universales a B) y C), eliminando a D). Si el *as* hereditario es, por ejemplo, de 120, correspondería una porción de 60 a B) y una de 60 a C), en base al testamento. Si no hubiese existido éste, las cuotas hereditarias (legales) habrían sido de 40 para B), 40 para C), 40 para D). Ahora bien, ocurre que producido el testamento conforme a lo indicado antes, premuere C). La representación en favor de los hijos de C) ¿llevará a que obtengan 60?. No lo creemos. Sólo debe obtener 40, que sería la cuota legal de su representante, de C). O sea, que el resto de 20 tendría el carácter simplemente de legado y vendría a acrecer lo que correspondería a B), como legatario en esa parte que excedió de la cuota legal constituida en favor de C).

V

SUCESION TESTAMENTARIA
(Los Testamentos y sus Solemnidades)

R.J.P.– 1957; p. 205

SEGURIDAD DE HERENCIA.– Testamento en escritura pública.

V,1) *Es infundada la oposición a la seguridad de herencia dictada a solicitud de uno de los herederos instituidos en testamento, sosteniendo que ha sido excluido de la herencia por un testamento que no llegó a concluirse por sobrevenir al testador una incapacidad física durante la facción del mismo, por cuanto este instrumento no tiene ninguna eficacia legal.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 92/56.– Procede de Piura.

Señor:

Don Eloy Torres Rueda, titulándose heredero instituido de don Félix Torres Rueda, con fecha 3 de diciembre de 1953, interpuso a fs. 4 del principal, demanda de seguridad de bienes, acompañando, para el efecto, testimonio del testamento, en que apoya su derecho sucesorio. El juez de primera instancia de Tumbes dictó la medida de seguridad a fs. 4 v., de la que reclamó y apeló a fs. 11 doña Jacinta Apolo de Noriega, como heredera de doña Isabel Jaramillo, esposa del causante. Practicada la diligencia de seguridad a fs. 25, se nombró como depositario de los bienes asegurados a don Orlando Jiménez Rodríguez. Sin embargo de las reiteradas peticiones de la oponente, para que la oposición se tramitara con arreglo a ley, no pudo conseguir su propósito, pues, se resolvió la cuestión planteada, como nulidad de la referida diligencia, expidiéndose el correspondiente auto denegatorio a fs. 35, del incidente de oposición formado. Fue confirmado por la Superior de Piura a fs. 43; y como se interpusiera recurso de nulidad, esta Corte Suprema declaró nula la resolución de vista, insubsistente la de primera instancia, mandando que el juez expidiera una nueva, con arreglo a ley, fs. 47, ya que la parte interesada no había planteado ninguna nulidad, sino oposición. Cumplió el mandato, el juez pronuncia la resolución de fs. 57, declarando sin lugar dicha oposición a las medidas de seguridad dictadas. La Superior la confirmó a fs. 60 v.; y de este pronunciamiento se hace valer recurso de nulidad.

El juez, para denegar la oposición, se funda en que el testamento, exhibido a fs. 16, por la oponente, no tiene eficacia legal a tenor de lo

dispuesto por el art. 404 del C.P.C., porque de su contexto aparece inconcluso; y por no haberse observado los requisitos de los incisos 4o., 5o., 6o. y 7o., del art. 487 del C.C., este art. no es el pertinente sino el 687. Además, considera el juez que el levantamiento de la medida de seguridad debe ordenarse como consecuencia del fallo, que se pronuncie en la acción ordinaria de nulidad de testamento, que se dice ya instaurada; y que a mayor abundamiento don Eloy Torres Rueda resulta también declarado heredero en el testamento de 28 de junio de 1938, que revoca el del 22 de febrero del mismo año, 10, 13 y 16.

La seguridad de herencia procede de oficio, en los casos determinados en el art. 1252 del C.P.C. También se proveerá, cuando lo pida alguno de los herederos instituidos en testamento o declarados judicialmente, el interesado en la declaratoria de herederos, el legatario y demás personas que se señalan en el art. 1254 del acotado.

Don Félix Torres Rueda, el causante, otorgó tres testamentos, cuyos testimonios corren a fs. 10, 13 y 16. El primero, el 22 de febrero de 1938, en el que instituyó como herederos, únicos y universales a sus sobrinos carnales, hijos de sus hermanos fallecidos, que fueron: Juan Gonzales, Sara Torres y Santos Torres. También instituyó como heredero a su hermano don Eloy Torres. Esta memoria fue revocada por la de fs. 13, del 28 de junio de 1938, en la que deja como herederos a su esposa doña Isabel Jaramillo de Torres y a don Eloy Torres, como su hermano. El tercer testamento fue hecho el 13 de julio de 1948, a fs. 16, y en el instituyó como única y universal heredera a su cónyuge doña Isabel Jaramillo y como legataria a su ahijada Jacinta Apolo Castillo. En la cláusula sétima, revoca el testamento que otorgó el 22 de febrero de 1939, es el del 1938. Al dictar esta disposición, quedó el testador en estado de inconsciencia (coma), por lo que se suspendió y se dejó constancia de este suceso por el notario, habiendo sido firmado por el dicho funcionario y testigos. Y la oposicionista apoya su derecho en el testamento, que otorgó la viuda de Torres, doña Isabel Jaramillo Alburqueque, fs. 18. Efectivamente, aparece del testimonio, que Jacinta Apolo Castillo, como ahijada, recibe, en calidad de legado, el íntegro de los bienes, enumerados en el testamento. Es por esto, que intervienen en el procedimiento y se opone a la seguridad, solicitada por otros pretendientes a la herencia.

Si la última memoria testamentaria se suspendió por la circunstancia anotada por el notario, después de la cláusula sétima, como es de verse a fs.

16 v., cuando el testador había dispuesto de sus bienes señalados a sus herederos, con expresa revocatoria del anterior testamento, su validez debe declararse en vía distinta y no en un procedimiento no contencioso, como lo ha hecho el juez a fs. 57. Y aun cuando se le tuviera por inconcluso y no se le diera valor, el juez ha debido proceder conforme al art. 1267, que dice:

Habiendo herederos instituidos en testamento otorgado en escritura pública o protocolizado o judicialmente declarados, la administración de la herencia se sujetará a lo establecido para la administración de bienes comunes (arts. 1195 a 1211 C.P.C.) y hay herederos instituidos no sólo en la memoria tachada de nula, sino en la anterior, revocada, del 28 de junio de 1938, en el que se instituyó como herederos entre otros a la cónyuge, doña Isabel Jaramillo, causante de la oposicionista.

Pero, repito, mientras no sea declarada sin valor legal la última memoria se tiene como única heredera a la viuda; y como ésta ha fallecido, dejando testamento, en el que instituye como su legataria a su ahijada, la oposicionista, los bienes del matrimonio deben continuar en poder de ésta y no de tercera persona.

Por tales consideraciones soy de opinión, se declare HABER NULIDAD en la recurrida, confirmatoria de la apelada: reformando la primera y revocando la segunda, declarar fundada la oposición de fs. una y mandar que se levante las medidas de seguridad, dictadas en el cuaderno principal, sin efecto la diligencia de fs. 25.

Lima, 10 de abril de 1956.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de noviembre de mil novecientos cincuentiséis.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y considerando: que la medida de seguridad ha sido solicitada de acuerdo con la facultad que confiere el artículo mil doscientos cincuenticuatro del Código de Procedimientos Civiles: declararon NO HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas sesenta vuelta, su fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos cincuenticinco, que confirmando el apelado de fojas cincuentisiete, su fecha veintiuno de noviembre del mismo año; declara sin lugar la oposición formulada por doña Jacinta Apolo de Noriega a la medida de seguridad de

bienes solicitada por don Eloy Torres Rueda; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– EGUIGUREN.– BUSTAMENTE CISNEROS.– GARMENDIA.– ALVA.– TELLO VELEZ.– Se publicó.– Walter Ortiz Acha.– Secretario.

A. J.– 1959; pag. 29

V,2) *Solamente otorgará testamento cerrado quien firme tanto éste como la cubierta que lo contiene. Si existe incapacidad para cumplir tal requisito, sólo puede otorgarse testamento en escritura pública.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Art. 689 del C.C. señala como solemnidades del testamento cerrado que en la cubierta firme el testador y que el pliego que contiene el testamento sea firmado por el testador. Ni el sobre de fs. 13, ni el pliego de fs. 14 están firmados por la presunta testadora doña Virginia María Ramírez Zavaleta. La firma a ruego puesta en el sobre y en el pliego constituye inobservancia de la ley, y por lo mismo no está expedida la protocolización de ese instrumento. De otro lado no se ha abonado la firma del Notario fallecido, que había autorizado la cubierta del testamento. Debe procederse a la comprobación de ese testamento en la vía ordinaria, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 1241 del C. de P.C.

NO HAY NULIDAD en la resolución revocatoria que remite a la vía ordinaria la comprobación del testamento de doña Virginia María Ramírez Zavaleta.

Lima, 6 de Noviembre de 1958.

Velarde Alvarez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de Noviembre de mil novecientos cincuentinueve.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que de

acuerdo con lo que dispone el inciso segundo del artículo seiscientos ochentinueve del Código Civil en concordancia con la última parte del artículo seiscientos noventitrés del mismo código, solamente puede otorgar testamento cerrado la persona que firme tanto éste como la cubierta que lo contiene; que de la constancia extendida en el sobre corriente a fojas trece y del pliego en él contenido aparece que doña Virginia María Ramírez Zavaleta no ha firmado ni uno ni otro documento por encontrarse incapacitada para hacerlo como consecuencia de la parálisis reumática que adolecía; que en esas condiciones la mencionada doña Virginia María Ramírez Zavaleta sólo pudo otorgar testamento en escritura pública: declararon HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas treinta, su fecha veintiséis de Junio del presente año y en la de primera instancia de fojas veinte, su fecha tres de Diciembre de mil novecientos cincuentisiete, que declaran, respectivamente, que se siga el procedimiento en la vía ordinaria y que el testamento cerrado constituye la última voluntad de la testadora; reformando la primera y revocando la segunda: declararon infundada la solicitud de fojas cuatro; y que doña Virginia María Ramírez Zavaleta ha fallecido intestada: en los seguidos por don César Barrera Ramírez, sobre apertura de testamento; y los devolvieron. BUSTAMENTE CISNEROS.– ALVA.– TELLO VELEZ.– VALDE TUDELA.– GARCIA RADA.– Se publicó conforme a ley.– Walter Ortiz Acha.– Secretario.

Causa No. 1083/58.– Procede de Cajamarca.

R.J.P.– 1968; p. 761.

TESTAMENTO POR ESCRITURA PUBLICA.– Requisitos cuando lo otorga un analfabeto.

V,3) *Es válido un testamento otorgado por un analfabeto, si uno de los testigos a su solicitud, le da lectura y el testador imprime su huella digital, aún cuando no se exprese que dicho testigo firmó además del testador.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 946/67.– 1ra. Sala.– Procede de Lima.

Señor:

Doña Julia Balmaceda Malpica a fs. 1, demanda la nulidad del testamento otorgado por doña Asunción Malpica Vda. de Lara por escritura pública de 15 de diciembre de 1959, fundándose en que se ha faltado a sustanciales formalidades prescritas por la ley y en que la testadora se encontraba privada de sus facultades intelectuales debido a su avanzada edad de 85 años, en la fecha en que otorgó dicho testamento.

No se ha probado el hecho de la incapacidad de la viuda de Malpica; por el contrario según aparece del certificado médico inserto en el propio instrumento cuestionado, ella se encontraba en el pleno uso de sus facultades mentales. En cambio, consta del testimonio de fs. 20, que don Víctor Montes Pizarro fue elegido por la testadora para que le leyera el testamento en la forma prescrita por el inc. 4o. del art. 687 del C.C., o sea que se dio cumplimiento a una de las formalidades señaladas por la ley; pero doña Asunción Vda. de Lara, siendo analfabeta omitió designar al testigo testamentario que debía firmar por ella y tal omisión produce la nulidad del instrumento a tenor de lo dispuesto por el Art. 404 del C. de P.C., por tratarse de una de las solemnidades esenciales prescritas por la ley para los instrumentos de su naturaleza. NO HAY NULIDAD.

Lima, 15 de mayo de 1968.

Ponce Sobrevilla.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, primero de junio de mil novecientos sesentiocho.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y CONSIDERANDO: que del testamento que en testimonio corre a fs. 20, aparece, que fue leído por el testigo testamentario en el acto de su celebración, por haber sido designado por la testadora que era analfabeta; que la incompleta redacción notarial, al no haber consignado expresamente que dicho testigo, que firmó el citado testamento lo hizo, a su vez, por la testadora que no sabía escribir, no es causa sustancial que invalide el testamento máxime que, ésta, imprimió su huella digital, la que no ha sido impuganada; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 42 su fecha 9 de noviembre de 1967; que revocando la apelada de fs. 31, su fecha 16 de agosto interpuesta a fs. 3 por doña Julia Balmaceda Malpica contra doña Victoria Carrazco de Sotelo; reformándola: confirmaron la de primera instancia que declara infundada

dicha demanda; sin costas; y la devolvieron.– MAGUIÑA SUERO.– VIVANCO MUJICA.– ALARCON.– PERAL.– NUÑEZ VALDIVIA.– Se publicó.– Lizandro Tudela Valderrama.– Secretario.·

A. J.– 1949; p. 27

V,4) *El desacuerdo entre los testigos no es suficiente para que se considere como ológrafo un testamento cerrado.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

A fs. 47 se solicita la comprobación de la autenticidad del testamento otorgado por doña María Luisa Frisancho, corriente a fs. 8, considerándolo como ológrafo, de conformidad con lo dispuesto por el art. 695 del Código Civil.

Ordenada la comprobación por auto de fs. cuarentisiete vuelta, doña Matilde Alzamora de Zárate, formula oposición manifestando que habiendo sido presentado el testamento para su apertura con las formalidades señaladas por el Código de Procedimientos Civiles para los testamentos cerrados y no habiéndose presentado los casos contemplados por el art. 693 del Código Civil es improcedente la solicitud formulada para que se siga el procedimiento fijado para el testamento ológrafo.

Declarada sin lugar la oposición por auto de fs. 52 vta. es apelado al Tribunal Superior, siendo confirmado a fs. 64 vta.

Reuniendo el testamento de fs. 8, las condiciones regladas por el art. 694 del Código Civil, es procedente la solicitud para que se le considere como ológrafo, pues si facultado el juez para resolver que un testamento cerrado valga como ológrafo cuando se observe que la cubierta está deteriorada o si se hubiesen desprendido los sellos puestos, es lógico que también tiene dicha facultad cuando se hubiese incumplido los requisitos del art. 689 que fija las solemnidades del testamento cerrado, como en el presente caso en que uno de los testigos, según se afirma, no estuvo presente en el acto de la certificación del sobre que lo contenía, firmando posteriormente.

Debe, sí, el Juzgado, citar al Ministerio Fiscal, con el auto de fs. 47

vuelta.

NO HAY NULIDAD en el recurrido de fs. 64 vuelta. Salvo mejor parecer.

Lima, 22 de Marzo de 1949.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinte de abril de mil novecientos cuarentinueve.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que las reglas de procedimiento son de orden público, sin que pueda eludirse su cumplimiento, por constituir ellas las necesarias garantías del procedimiento judicial; que según aparece de los antecedentes doña María Luisa Frisancho otorgó su testamento cerrado ante el Notario Chepote; que por tanto procediendo su apertura como tl testamento, el procedimiento a seguirse es el indicado en el título cuarto de la Sección Tercera del Código de procedimientos Civiles, en el cual están contemplados todos los casos que pueden ocurrir, inclusive el de disconformidad entre uno o unos testigos; y, que debiendo existir en el Registro del Notario Chepote la trascripción del contenido de la cubierta del sobre firmado por la testadora y los testigos, mientras no se verifique la respectiva comprobación de los intervinientes, carece de objeto variar el procedimiento, siendo por tanto improcedente en este caso lo dispuesto en el artículo seiscientos noventitrés del Código Civil: declararon NULO el auto de vista de fojas sesenticuatro vuelta, su fecha primero de diciembre del año próximo pasado, insubsistente el de primera instancia de fojas cincuentidós vuelta, su fecha diez de noviembre del mismo año, así como todo lo actuado desde fojas dieciocho, a cuyo estado repusieron los seguidos por don Juan Pedro Aliaga con doña Matilde Alzamora de Zárate, sobre apertura del testamento cerrado de doña María Luisa Frisancho, para que la causa continúe según su estado; y los devolvieron.

Valdivia.— Portocarrero.— Fuentes Aragón.— Cox.— Pinto.—

Jorge Vega García. Secretario.

Cuaderno No. 1377. Año 1948.

Procede de Lima.

R.J.P.– 1950; p. 331.
TESTAMENTO OLOGRAFO.– Apertura de testamento.–
Art. 695 del C.C.– Requisitos: art. 685 del C.C.

V,5) *1o.– No habiéndose objetado la letra y firma del testador puesta en un testamento ológrafo; y, habiéndose cumplido con las formalidades a que se refiere el art. 695, del Código Civil, es infundada la demanda de nulidad del procedimiento de apertura de ese testamento.*
2o.– No es nulo el testamento ológrafo que contiene los datos que exige el artículo 685 del C.C.

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 210/949.– Procede de Lambayeque.

Señor: El Dr. Gonzalo Sánez Sumarán, en representación de doña Mercedes Cossío Bonilla de Gálvez, demanda en vía ordinaria la nulidad del testamento ológrafo otorgado por su madre doña Micale Bonilla Quiroz el 19 de agosto de 1945, en el Distrito de Chongoyape de la Provincia de Chiclayo; y solicita a su vez el pago por los daños que menciona, entrega de frutos y se declare la nulidad del procedimiento de apertura del testamento por inobservancia de las formalidades exigidas por la ley.

A fs. 14, el Dr. Mario A. Puga, en representación de los demandados Víctor Tirado Bonilla y Juan Tirado Llanos, niega y contradice la noción sosteniendo que las alegaciones hechas por la demandante son pueriles y no persiguen otro objeto que alcanzar un beneficio pecuniario mayor que el señalado por la causante; y que el testamento ha sido protocolizado observando el procedimiento pertinente.

Tramitada la causa con arreglo a su naturaleza, el Juez le pone término por la sentencia de fs. 110, declarando fundada la nulidad del testamento, nulo el procedimiento de apertura del mismo y sin lugar la entrega de frutos y pago de daños. El Tribunal Superior a fs. revoca la sentencia y declara infundada la demanda en todas sus partes, lo que motiva recurso de nulidad del apoderado de la demandante, que le es concedido por auto de fojas 130.

Considero arreglada a ley y al mérito de lo actuado la sentencia recurrida. En efecto, de las pruebas actuadas aparece que el procedimiento no contencioso de apertura del testamento se realizó de acuerdo con las

disposiciones pertinentes de la ley; y si bien no fue citado el Agente Fiscal, cabe considera que en la diligencia llevada a cabo y que en copia corre a fs. 44, concurrió don Juan Tirado Llanos, padre de los menores Carlos Jorge, Juan Soledad y Juan José Tirado Bonilla, por lo que el derecho de estos estuvo debidamente representado sin que en ningún momento se hubiera lesionado sus intereses ni los de tercera persona. Además, se presentaron las partidas de defunción de doña Micaela Bonilla Quiroz y de nacimiento de los hijos, de este, así como las cartas dirigidas por la causante a su hijo Víctor Enrique Tirado Bonilla que sirvieron al Juez como elemento suficiente para efecutar el cotejo a que se refiere el artículo 695 del Código Civil y comprobar así la autenticidad del testamento ológrafo en mención. La inconcurrencia de la demandante a esta diligencia obedeció a no encontrarse en el lugar ya que tiene su domicilio en la ciudad de Cajamarca, donde precisamente otorgó poder a favor del Dr. Sánez Sumarán y cuyo testamento corre a fs. 3 del cuaderno sobre declaratoria de herederos. Por otra parte, en el procedimiento referido y aun en este juicio, no ha sido objetada la letra y firma de la testadora. Si todo esto es así, es evidente que está arreglada a ley el auto del Juzgado que declaró que ese testamento constituye la última voluntad de doña Micaela Bonilla Quiroz.

En cuanto a las omisiones alegadas como fundamento de la nulidad del testamento mismo, es preciso dejar establecido que la testadora ha consignado los datos más importantes que todo instrumento de esta naturaleza debe contener, como fecha, lugar de su expedición, lugar de nacimiento y su nombre y apellido, así como la declaración expresa de quienes son sus herederos cuyos nombres detalla y cuales son los bienes que deja. Si bien omitió anotar su estado civil, nacionalidad y domicilio, son datos estos de carácter secundario, que no pueden servir de fundamento bastante para anular todo un testamento, más aún tratándose de uno hecho en forma ológrafa y si se tiene en cuenta que su otorgante no podía tener conocimiento de los requisitos exigidos por la ley.

Tampoco puede servir de fundamento de nulidad el que la testadora haya señalado determinada porción a la demandante, que esta considera lesiva a su derecho. No ha sido preterida ya que en realidad la testadora ha querido mejorar a sus demás hijos tenidos con don Juan Tirado Llanos y para lo cual tenía derecho de acuerdo con el artículo 707 del Código Civil. Si en su oportunidad se comprueba que el haber de los hijos mejorados excede de la

proporción establecida en el artículo 708 del mismo cuerpo de leyes es indudable que la actora tiene expedito su derecho para reclamar lo que legalmente le corresponda.

En atención a las consideraciones expuestas soy de opinión que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida que revocando la de Primera Instancia, declara infundada la demanda en todas sus partes.

Lima, 30 de Diciembre de 1949.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintitrés de marzo de mil novecientos cincuenta.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: y considerando: que en el texto del testamento ológrafo de doña Micaela Bonilla que en copia certificada corre a fojas cuarenticinco, la testadora expresó su estado civil, nacionalidad y domicilio, indicando ser conviviente de don Juan Tirado y natural de Chongoyape y firmando su última voluntad en el fundo "El Triunfo": declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento veintinueve, su fecha catorce de octubre de mil novecientos cuarentiocho, por la que se revoca la de primera instancia de fojas cineto diez, su fecha veintidós de abril del mismo año, y declara infundada la demanda de nulidad de testamento y otras acciones interpuesta a fojas una por el apoderado de doña Mercedes Cossío de Gálvez contra don Víctor y don Juan Tirado; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Zavala Loayza.— Noriega.— Láinez Lozada.— Cox.— Eguiguren.

Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García. Secretario.

A.J.— 1943; p. 423

V,6) Los datos referentes a nacionalidad y domicilio del testador, no son imprescindibles tratándose de testamento ológrafo.

Recurso de nulidad interpuesto por doña Manuela León, en la causa que sigue con don Víctor León, sobre apertura de testamento.— Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Víctor Manuel León se presentó a fs. 2 en 20 de enero de 1942 para pedir la apertura y protocolización del testamento ológrafo de su tío el señor Alejandro León Duboc y acompañó la partida de defunción indicando los documentos con que debía hacerse el cotejo y los nombres y domicilios de los parientes mas cercanos del testador. Señalado a fs. 4 el 11 de febrero de 1942 como fecha para la diligencia, se realizó ésta, a fs. 12 con asistencia de varios de los parientes citados, entre ellos el doctor Carlos A. Anchorena como apoderado de su cuñada, doña Manuela León de Anchorena. En la diligencia los peritos oportunamente nombrados, procedieron "a cotejar las letras y firmas del indicado testamento" con la firma de escritos y actuados judiciales y llegaron a mérito del estudio que aparece en el acta a pronunciarse de modo absoluto sobre la autenticidad del testamento. El doctor Anchorena expuso que faltaban los requisitos del art. 685 del Código Civil y que faltaba también la indicación de la Libreta Electoral del testador; y que no se habían presentado para el cotejo documento de puño y letra del testador.

A fs. 18 se expidió la sentencia de 15 de febrero de 1942 que mandó protocolizar el testamento, fundándose en que la autencidad estaba comprobada por el cotejo y que la nulidad invocada debía hacerse valer en juicio ordinario. Apelada la sentencia ha sido confirmada a fs. 32 en 17 de mayo de 1943, habiéndose interpuesto recurso de nulidad contra la confirmatoria. Ante el Tribunal Superior presentó el Albacea testamentario designado en el testamento la Libreta Electoral del testador que corre a fs. 34 y se ha insistido como razones dadas por el apelante, en que no se indican en el testamento los requisitos de estado, domicilio y nacionalidad del testador. Al fundar el recurso de nulidad se alega, además, que en la partida de defunción presentada aparece el apellido Dubuc en vez de Duboc.

Se halla arreglada a ley la sentencia confirmatoria. Para la protocolización del testamento ológrafo no hay más requisitos, según el art. 694 del Código Civil, que el que sea escrito, firmado y fechado por la mano del testador, comprobándose la autenticidad según el art. 695 por el cotejo o por testigos. Se ha cumplido con la ley haciéndose el cotejo en la diligencia de fs. 12 sin que el opositor doctor Anchorena haya formulado tacha concreta contra la autenticidad constatada por los peritos conforme a ley. Los

requisitos relativos a la nacionalidad, estado y domicilio del testador son llenados siempre por el Notario que interviene en los testamentos públicos, tienen por objeto identificar la persona del testador y no son aplicables al testamento ológrafo en el que no hay más requisitos que los de los arts. 694 y 695 y en el que la identificación se hace por medio de la comparación de letras y firmas. La exigencia de Libreta Electoral es explicable para los actos que se practican ante cualquier funcionario y no para el testamento ológrafo que es un acto personal que se ejecuta sin intervención de persona extraña. La intervención de funcionarios públicos sólo tiene lugar en el expediente de comprobación en que se ha cumplido con presentar la Libreta Electoral del testador, a fs. 34.

Cuando se otorga un testamento público las formalidades señaladas por la ley están controladas por el Notario a quien la misma ley le encarga el cumplimiento de esas formalidades. En el testamento ológrafo procede sólo, el testador que puede ignorar la ley. Esta forma testamentaria según el memorandum del doctor Calle, autor del Proyecto de este título, presentado en la sesión 64o. de la Comisión Reformadora "es la forma más fácil, más sincera y más cómoda de exponer la voluntad" agregando que ésta forma "que no depende sino del testador y que consulta mejor la serenidad de ánimo y la libertad que ha menester en la disposición de última voluntad, poniéndola fuera de toda influencia extraña o presión moral, tine, además, la ventaja de la autenticidad que se manifiesta inmediatamente".

Si el testador que puede otorgar el testamento ológrafo lejos de los Códigos y los Consultores Legales, necesitara tener presentes los detalles de la legislación y si la omisión de requisitos distintos de la escritura de puño y letra del testador pudiera impedir la protocolización, el objeto del testamento ológrafo quedaría frustrado y lo que es más grave, desconocida la voluntad del testador, desde que el fallecimiento hace imposible suplir deficiencias formales. Es por eso que las formalidades existen para los testamentos públicos en que intervienen los Notarios y se suprimen en todas las legislaciones en el testamento ológrafo, obra personal y exclusiva del testador.

Se han llenado todas las formalidades de la ley para la protocolización del testamento que no decide sobre su validez. Si hay tachas sobre ella, pueden formularse en la vía ordinaria. Por las razones expuestas, el Fiscal Suplente que suscribe opina que NO HAY NULIDAD en la confirmatoria, salvo mejor parecer.

Lima, 15 de diciembre de 1943.

De la Jara.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 7 de enero de 1944.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal; y considerando, además: que los datos referentes a la nacionalidad y domicilio indicados en el artículo 685 del Código Civil, sólo tienen por objeto reunir todos los elementos necesarios para la identificación del otorgante ante el notario y testigos que intervienen en la facción de un testamento, siendo por tanto supérfluos tales datos tratándose del testamento ológrafo, en el que el propio testador, sin intervención de nadie, procede a su otorgamiento y escritura, con los requisitos señalados por el artículo 694 del mismo Código; y que la circunstancia de haberse solicitado la rectificación del apellido Dubuc consignado en la partida de defunción de don Alejandro León Duboc, comprueba que dicha partida corresponde inequívocamente a éste: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 32, su fecha 17 de mayo del año en curso, que confirmando la apelada de fs. 18, su fecha 15 de febrero anterior, declara sin lugar la oposición deducida por doña Manuela León de Anchorena y comprobada la autenticidad del testamento ológrafo de don Alejandro León Duboc de fs. 9 y 10, con lo demás que contiene: condenaron en la multa de doscientos soles y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Valdivia.— Portocarrero.— Ballón.— Pastor.— Benavides Canseco.

Se publicó conforme a ley.

A. Eguren Bresani. Secretario.

R. de los T.— 1944; p. 191

V,7) *La ley no admite interrupción alguna en el término de dos años que fija, desde el fallecimiento del testador, para pedir la protocolización del testamento ológrafo.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Con el papel de fs. 1, copiado a fs. 3; la partida de defunción de fs. 5 y documentos de fs. 6 a fs. 8, doña Carmela Entilli, demanda la protocolización del testamento ológrafo, que así llama a dicho papel, otorgado por el Presbítero, don Gregorio Nemesio Prieto, con fecha 18 de abril de 1939, y que falleció el 18 de mayo de ese mismo año; y como el Juez declara que no hay lugar a la procolización solicitada (fs. 10), y el Tribunal Superior, resolviendo la apelación de fs. 11, confirma el apelado a fs. 17, la demandante hace valer recurso de nulidad, a fs. 18, concedido por auto de su vta. Sostiene que no es extemporánea su solicitud, porque el Presbítero otorgó otro testamento, posteriormente, y él ha sido materia del juicio a que se refiere el expediente acompañado, en el que se ha declarado su nulidad, y pretende, que sólo desde la fecha de la resolución que tal declaratoria contiene, comienza a correr el plazo de dos años señalado por la ley; pero en ello hay error, porque la existencia de ese juicio, no impidió, que, oportunamente, se formulara la demanda respectiva, la que, en todo caso, había quedado reservada a las resultas de aquel juicio; pero, como no hay derecho de ditinguir donde la ley no distingue, y el art. 694 del C.C., exige como requisito para que valga el testamento, que se pida la protocolización en el plazo de dos años, desde el fallecimiento del testador, habiendo trascurrido, con exceso, ese plazo, sin que se haga tal pedido, según las fechas, del testamento y la partida, referidos, la acción ha sido bien desechada. Además, el papel de fs. 1, según su propio tenor, es un borrador para testamento, y no el testamento mismo.

Lo manifestado demuestra la legalidad de lo resuelto, y opina el Fiscal que NO HAY NULIDAD en la resolución superior recurrida.

Lima, mayo 6 de 1944.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, mayo 22 de 1944

Vistos; de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en el auto recurrido de fs. 17 su fecha 23 de

mayo último, que confirmando el apelado de fs. 10, su fecha 3 de diciembre de 1943, declara sin lugar la protocolización solicitada por doña Carmela Gentilli, del testamento de don Gregorio Nemesio Prieto; condenaron en la multa de 200 soles oro y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.- Zavala Loaiza.- Pastor.- Frisancho.- Samanamud.- Noriega.- Se publicó conforme a ley.- A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 303.- Año 1944.

Procede de Lima.

R. de los T.- 1942; p. 482

V,8) *La Beneficencia no es parte en los juicios sobre comprobación de testamentos.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Iniciado el juicio sumario sobre comprobación del testamento ológrafo, otorgado por la señorita Teófila Buendía, y seguido el procedimiento que aparece del expediente que se estudia, le puso término la Ejecutoria Suprema corriente a fs. 125, que declaró nulas las sentencias respectivas y mandó se siguiera la causa en la vía ordinaria.- Doña Luzmila P. de Mendívil, que la anterior instancia formuló, reproduce su demanda en juicio ordinario, en cumplimiento de aquella Ejecutoria, designando a las personas demandas (fs. 130); y como de ellas, Corina y Sofía Malarín, contradicen la acción, y por otro sí piden que se cite a la Sociedad de Beneficencia Pública de esta Capital, que no mencionó la demandante (fs. 132 y 134), el Juez así lo ordena, lo que origina pedido de resposición de ese mandato de citación, de la demandante, de fs. 138, que sustanciado, se resuelve en el auto de fs. 156, declarando sin lugar la oposición y reposición, y que apelado, por la demandante (fs. 167), es materia del revocatorio de fs. 169, que declara fundada la oposición y reposición pedida por la demandante, y el que origina recurso de nulidad del personero de la Beneficencia, de fs. 171, concedido a fs. 172.

Desde luego, el auto de fs. 134, contiene un error, porque la Ejecutoria Suprema, ya mencionada, no dispone nada respecto a la citación a la

Beneficencia, y como es el único argumento que ese auto contiene para acceder al pedido de correr traslado de la demanda a la Beneficencia; y los que se aducen en el de fs. 156, tampoco justifican la desestimación de la oposición, porque no hay disposición de la ley que establezca que la Beneficencia es parte en los juicios de comprobación de los testamentos; y porque el hecho de serlo en el juicio de declaratoria de herederos de doña Carlota Buendía, justifica, precisamente, su no intervención en el presente, ya que en aquel, vigila sus intereses, para el caso de vacancia de la herencia, único en que los tiene; pues si el testamento se declara válido, hay herederos o interesados en la herencia, y está no es vacante; y si se declara nulo o no existente, está el procedimiento para la declaratoria de esos herederos, en el que la Beneficencia hará valer los derechos que le corresponden en caso de vacancia; y por todo ello y las fundadas razones que contiene la resolución Superior revocatoria, opina el Fiscal que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la misma.

Lima, Agosto 17 de 1942.

Palacios

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 31 de Agosto de 1942.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas ciento sesentinueve, su fecha veinticinco de Abril último, que revocando el apelado de fojas ciento cincuentiséis, su fecha dieciocho de Marzo anterior, declara fundada la oposición deducida por doña Luzmila P. de Mendívil y los devolvieron.

VALDIVIA.– ARENAS.– BALLON.– PASTOR.– BENAVIDES CANSECO.

Se publicó conforme a ley.– A. Eguren Bresani.

Cuaderno 520.– Año 1942.– Procede de Lima.

R. de los T.– 1941; p. 89

V,9) Comprobación de un testamento ológrafo que es remitido a la vía ordinaria.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El testamento ológrafo debe ser escrito, firmado y fechado por la testadora.

Los documentos de fs. 14, 15 y 16, escritos con lápiz el primero, con frases textadas; con fecha posterior el segundo y sin fecha ni firma el tercero, deben ser comprobados como formando parte integrante constituyendo un solo testamento.

Esta comprobación no se ha efectuado, el informe del perito Villas le es contrario.

Por este motivo, los que se aducen en la contradicción a la protocolización, por algunos interesados, y a lo dispuesto en el art. 692 del C.C.; opino que se declare HABER NULIDAD en el recurrido, reformándolo y revocando el apelado, se mande seguir el procedimiento iniciado con la demanda en la vía ordinaria.

Lima, diciembre 27 de 1940.

Muñoz

RESOLUCION SUPREMA

Lima, mayo 5 de 1941

Vistos; en discordia de votos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon NULA la sentencia de vista de fs. 117 vta., su fecha 20 de setiembre del año próximo pasado e INSUBSISTENTE la de 1a. Instancia de fs. 86, su fecha 10 de junio anterior; mandaron se siga la presente causa en la vía ordinaria; y los devolvieron.— BARRETO.— VALDIVIA.— BALLON.— GARCIA MALDONADO.

Nuestro voto es porque se resuelva sobre el fondo del recurso.— PASTOR.— BENAVIDES CANSECO.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 1542.— Año 1940.

Procede de Lima.

R.J.P.– 1957; p. 456

APERTURA DE TESTAMENTO CERRADO.– Fenecimiento del procedimiento.

V,10) *1.– Se corta el procedimiento que se sigue para la apertura de un testamento cerrado si se presenta testimonio de un testamento en escritura pública en el que ha sido revocado.*

2.– No puede deducirse en este procedimiento la nulidad del testamento en escritura pública ni tampoco pedirse su ordinarización por esta causal.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1529/56.– Procede del Cusco.

Señor:

En el procedimiento iniciado por don Ramón Aparicio Romero con el Ministerio Fiscal, sobre protocolización del testamento cerrado de doña Idelfonsa Aparicio Pantoja, a fs. 37 los hermanos Aparicio Gamarra solicitan al Juzgado que se cortara el procedimiento por el mérito del instrumento público de fs. 17, reproduciéndolo y fundamentándolo a fs. 40. El Juez de la causa a fs. 57 y con fecha 17 de abril último, ampara dicho pedido basando su resolución en sólidas razones de orden legal. La Sala en lo Civil de la Corte del Cusco, previa vista fiscal, ha confirmado el auto apelado por resolución de fs. 71, su fecha 22 de mayo del año en curso. Contra el auto de vista se hace valer el recurso de nulidad de fs. 82, que admitiendo a fs. 90 vta. ha originado que los autos sean elevados a conocimiento de este Supremo Tribunal.

Estando al mérito que arroja la escritura pública de revocación de testamento suscrita por la causante doña Idelfonsa Aparicio Pantoja el 2 de setiembre de 1955 ante el Notario Público del Cusco don José A. Izquierdo, cuyo testimonio obra a fs. 17 de este expediente, tratándose de un isntrumento público que merece fe según lo estatuido por los arts. 401 y 402 del C.P.C. considero arreglada a ley la resolución recurrida, ya que constituye precisamente la revocatoria del testamento cerrado que se pretende protocolizar, el que legalmente, por dicha escritura, ha quedado en la condición de inexistente. Conviene hacer notar que cualquier alegación tendente a hacer anular la escritura de fs. 17 no puede tramitarse dentro de este procedimiento sino en juicio aparte, puesto que la ley procesal taxativa los casos en que debe

inclusive ordinarizarse un procedimiento de esta naturaleza, cuidando de consignar cuestiones que se refieren únicamente al documento mismo que es materia de la protocolización, más no, como en el presente caso cuando se refieren a la validez de un instrumento público diferente al testamento.

En esta virtud, por lo expuesto, opino, que la Corte Suprema se sirva declarar que NO HAY NULIDAD en la resolución de vista recurrida, salvo más ilustrado parecer.

Lima, 21 de diciembre de 1956.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuentiséis.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas setentiuna, su fecha veintidós de mayo de mil novecientos cincuentiséis, que confirmando el apelado de fojas cincuentisiete, su fecha diecisiete de abril del mismo año, declara fundada la solicitud formulada a fojas treintisiete, reproducida a fojas cuarenta, por don Ramón Aparicio, sobre apertura de testamento; y ordena el corte del procedimiento; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– EGUIGUREN.– BUSTAMANTE CISNEROS.– GARMENDIA.– TELLO VELEZ.– PONCE.– Se publicó.– Walter Ortiz Acha.– Secretario.

R.J.P.– 1955; p. 2077.
TESTAMENTO.– Su apertura.

V,11) *No procede ordenar la ordinarización de un procedimiento de apertura de testamento cerrado si uno de los cinco testigos cuya concurrencia ha quedado establecida, por habérsele abonado su firma, no escuchó a la testadora decir que ese era su testamento, ya que esta falla no importa desacuerdo entre los testigos.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 469/54.– Procede de Arequipa.

Señor:

En el procedimiento de apertura de testamento cerrado, que en vida otorgó doña Dorila Vizcarra viuda de Masía, se ha llenado los trámites exigidos por el art. 1228 y s. En la diligencia de apertura corriente a fs. 9, el notario y los cinco testigos fueron examinados separadamente, manifestando, que el pliego que se les pone a la vista, es el que entregó la testadora al notario, el mismo que no tiene alteración en los sellos, hallándose todos presentes (notario y testigos), estando la testadora en su entero juicio y reconocimiento de la firma puesta por ellos y que aquélla dijo que dicho pliego contenía su testamento. Respecto al dicho del testigo Alejandro Sobenes, referente a que no vio firmar a la testadora, ni oyó decir que ese sobre contenía su testamento, no es razón fundamental de nulidad, puesto que el testigo ha podido estar distraído en el momento de la firma y aun de la expresión in voce de la otorgante. Lo cierto es, que él estuvo, en el acto, juntamente con el notario y los otros testigos y que vio la entrega del testamento, después de haber el notario escrito la cubierta del sobre y firmado dicho testigo, quien reconoce su firma. En esta virtud, el auto de fs. 17, que declara que el pliego abierto contiene la última voluntad de la testadora, está en lo justo, como lo está su confirmatoria de fs. 40 vta., que completándolo, manda protocolizar el procedimiento.

De consiguiente, opino, que NO HAY NULIDAD.

Lima, 22 de setiembre de 1954.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, tres de noviembre de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; por los fundamentos pertinentes del dictamen del Señor Fiscal; y considerando: que el testigo don Alejandro Sobenes estuvo presente con los otros cuatro testigos, el Notario y la testadora en el momento que ésta firmó el pliego cerrado y lo entregó al Notario, según lo afirma al declarar la diligencia de apertura del testamento; que, por consiguiente, estando los otros cuatro testigos y el Notario conformes respecto a los hechos a que se refiere el

artículo mil doscientos treintidós del Código de Procedimientos Civiles la circunstancia de no haber captado el mencionado testigo todas las incidencias del acto testamentario, no constituye el desacuerdo a que hace mención el artículo mil doscientos cuarentiuno del Código citado: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuarenta vuelta, su fecha cinco de mayo último, que confirmando la apelada de fojas diecisiete, su fecha dos de julio de mil novecientos cincuentiuno, declara que el pliego abierto que obra de fojas diez a fojas trece contiene la última voluntad de la testadora doña Dorila Vizcarra viuda de Masía y ordena se protocolice el expediente; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– MAGUIÑA SUERO.– TELLO VELEZ.– RAMIREZ.– GAZATS.– PONCE.– Se publicó.– Guillermo Ballón. Secretario accidental.

R. de los T.– 1941; p. 417

V,12) Es válido el testamento en escritura pública en que la voluntad del testador se manifiesta esencialmente de modo expreso.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

La demanda de fs. 1 ha sido interpuesta, entre otros, por don Temístocles Enríquez no por derecho propio sino como representante de su esposa doña Enriqueta Guerra; con el se ha entendido el pleito hasta el pronunciamiento de la sentencia recurrida por don Washington Guerra.

Pero la representación e intervención del marido caducó legalmente con la promulgación del nuevo C.C. que en su art. 172 dispone que la mujer casada puede comparecer en juicio por sí misma y disponer de sus bienes propios.

Siendo esto así dicha señora ha debido ser notificada personalmente con la sentencia de 1a. instancia expedida en 30 de noviembre de 1936.

Lo actuado con esta omisión es NULO e INSUBSISTENTE. La causa debe reponerse al estado de fs. 344 vta. para que se proceda en la forma indicada.

Lima, diciembre 28 de 1940

Araujo Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, abril 15 de 1941

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; por los fundamentos de la sentencia de 1a. instancia; y considerando además: que el art. 172 del C.C. vigente autoriza a la mujer casada para comparecer en juicio en defensa de sus bienes, sin obligarla a hacerlo, y por tanto, el hecho de que don Temístocles Enríquez haya representado en la causa a su esposa doña Enriqueta Guerr, no produce la invalidez de lo actuado: que la acción de nulidad del testamento otorgado en Arequipa por doña Francisca Guerra Otazú en 26 de enero de 1929, se funda, principalmente, en que el testamento no fue obra suya, sino de su abogado el Dr. don Manuel S. Mostajo, en cuya casa se otorgó y en que no procedió libremente: que la mencionada doña Francisca Guerra, soltera, de 62 años y sin herederos forzosos, que residía habitualmente en el distrito de Nuñoa, de la provincia de Ayaviri, fue a Arequipa y efectivamente otorgó allí su testamento, en la fecha enunciada, en casa de su abogado consultor antes nombrado, como consta del instrumento, ante el Notario Dr. Gonzales Grambell y en presencia de tres testigos, en el que instituyó por heredero universal a su sobrino don Washington Guerra, quien, según decía, la acompañaba desde algún tiempo y le reparaba o atendía sus intereses, regresándose luego a dicho pueblo: que aunque el doctor Mostajo se halló presente y ayudó a la testadora, dando forma a sus disposiciones, encerradas en el borrador de que se servía, como lo declaran los testigos testamentarios, ello no invalida el acto, porque la otorgante, en el pleno uso de sus facultades mentales, expresó por si su voluntad, que es lo esencial, manifestando su conformidad al tenor y sentido de las cláusulas del instrumento, a medida que el Notario las escribía y conviniendo, durante su lectura, al fin de cada una, en que el contenido de ellas era la expresión de su última voluntad, como lo requería el art. 650 del C.C. derogado: que no hay prueba de que la testadora hubiese sufrido coacción en ese acto, ni se determina la persona que la hubiese ejercitado y el heredero favorecido no se encontró siquiera en Arequipa cuando se practicó: que el Notario González Grambell expidió y entregó a Francisca Guerra el testimonio de fs. 409 el día del otorgamiento

del testamento conforme al art. 87 de la Ley de Notariado; testimonio que ella llevó consigo a Nuñoa y conservó en su poder, cuidadosamente, hasta el 27 de febrero de 1934, en que falleció; el mismo que fue encontrado entre sus papeles al tiempo de practicarse el inventario de sus bienes: que esta es la más decisiva prueba de que tal testamento reflejaba o traducía el genuino pensamiento de la testadora, pues que en los cinco años transcurridos desde su fracción, durante los cuales pudo y debió repasar, libre y tranquilamente, su contenido, no intentó en modo alguno alterar o modificar en todo o en parte sus disposiciones: que esta circunstancia destruye a la vez la hipótesis de que por la sordera que los demandantes atribuyen a la testadora, no pudo enterarse de la lectura del instrumento; defecto que, por lo demás, no ha sido probado; y, muy por el contrario, los certificados de fs. 169, 161 y 162 de los facultativos que asistieron a la testadora, demuestran que ella conservó siempre hasta el día de su fallecimiento, el uso de sus sentidos y facultades: que no es aplicable a este caso el art. 722 de dicho Código, porque el parentesco de la testadora con el heredero, no fue la causa de la institución y porque aquella trató y consideró siempre a éste como su sobrino, lo mismo que a su señora madre doña Leonor Guerra, según aparece de las cartas de fs. 273 a fs. 285 y de fs. 291 y 292. Por estas razones: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 403, su fecha 24 de mayo de 1940, y reformándola, confirmaron la de 1a. instancia, de fs. 337, su fecha 30 de noviembre de 1936, que declara infundada la demanda interpuesta a fs. 1 por don Camilo C. Guerra y comparte sobre nulidad del testamento de doña Francisca Guerra Otazú, de la que absolvieron a don Washington Guerra; y los devolvieron.– ZAVALA LOAIZA.– PASTOR.– BENAVIDES CANSECO.– Se publicó conforme a ley.– M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 1023.– Año 1940.

Procede de Puno.

R. de los T.– 1940; p. 77

V,13) *La omisión en que incurrió el Notario de no haber transcrito en su Registro de escrituras públicas la cubierta de un testamento cerrado, puede considerarse subsanada con el acta de entrega del sobre al propio Notario, con intervención de los mismos testigos testamentarios.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

La omisión en que incurrió el notario de no haber transcrito en su registro de escrituras públicas, inmediatamente después de autorizado, la cubierta del testamento cerrado de doña Agueda Alemán de Weiss, puede considerarse subsanada con el acta de entrega del sobre al propio notario con intervención de los mismos testigos testamentarios que se lee en la diligencia de fs. 93.

La verdad del testamento está probada.

Por estas razones y las de la sentencia de 1a. instancia opino por la nulidad de la de vista en la parte materia del recurso de fs. 292 y por la confirmación de la apelada en el mismo punto.

Lima, abril 13 de 1940.

Araujo Alvarez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, abril 22 de 1940

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 288, su fecha 9 de setiembre de 1937; y reformándola, confirmaron la de primera instancia de fs. 239, su fecha 9 de mayo de 1935, que declara infundada la demanda interpuesta a fs. 2 por don Abelardo Aramayo González; con lo demás que contiene; y los devolvieron.— BARRETO.— ZAVALA LOAIZA.— BALLON.— PASTOR.— BENAVIDES CANSECO.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 156.— Año 1938.

Procede de Puno.

R. de los T.— 1958; p. 299

V,14) *Durante el régimen del nuevo Código Civil, no procede de la comprobación de testamentos privados.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El testamento cuya comprobación se pide, aparece otorgado durante la vigencia del Código Civil actual, que no permite, sino la forma solemne ante Notario, abierto o cerrado, y el ológrafo.

No siendo el presente testamento ológrafo, ni pudiendo considerársele como instrumento público ante Notario; opino que: NO HAY NULIDAD en el recurrido, que confirmando el apelado, declara inadmisible la solicitud de fs. 6, pidiendo su comprobación.

Lima, mayo 28 de 1938.

Muñoz.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, mayo 31 de 1938.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal; declararon NO HABER NULIDAD en el auto de vista de fs. 9, su fecha 23 de diciembre último, que confirmando el apelado de fs. 6 vta., su fecha 16 de octubre anterior, declara improcedente la petición formulada a fs. 6 por doña Matilde Olivares vda. de Zárate; condenaron en la multa de 200 soles oro y las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– ELIAS VALDIVIA.– CHAVARRI.– BALLON.– VELARDE ALVAREZ.– Se publicó conforme a ley.– M. Arnillas O. de V. Secretario.

Cuaderno No. 242.– Año 1938. Procede del Cuzco.

A. J.– 1936; p. 117

V,15) *La omisión del día y la hora, unidad a otras causales, anula el testamento otorgado en escritura pública.*

Recurso de nulidad interpuesto por don José A. Valdez, en la causa que sigue con doña Emilia Torres Aguirre, sobre nulidad de testamento.–

Procede de Puno.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Versa este juicio, sobre la nulidad del testamento de doña Margarita Torres.

El testamento, que se otorgó en instrumento público, ante el Notario Valdivia, tiene un defecto esencial. Carece de fecha. La escritura expresa el mes y el año, pero no el día de su otorgamiento.

Además de esta irregularidad, existe otra no menos grave.

Según el certificado notarial de fs. 26, del examen del Registro del Notario Valdivia resulta que a fs. 1176 extendió una escritura pública el 18 de Agosto de 1920, y en seguida dos escrituras de poder datadas ambas el 16 de agosto, es decir dos días antes; luego dos actas de protocolización y un poder que tienen fecha 18 y después el testamento de la Sr. Torres, sin fecha como queda dicho.

El art. 657 del C.C. establece terminantemente que en todo testamento debe indicarse el día y hora en que se otorga.

En todo instrumento público debe expresarse el día de su otorgamiento, según el art. 44 de la Ley del Notariado; pero tratándose del testamento la ley es más rigurosa, pues pide que se exprese no sólo el día sino la hora.

Son obvias las razones que justirican tal dispositivo del Código; de manera que no es preciso indicarlas.

No es testamento el que carece de fecha.

En este caso existe además, como se ha visto, la circunstancia especial de que el testamento no se halla estrictamente en la foja del Registro, donde según el orden cronológico debía ser extendida, causal de nulidad prescrita en el art. 59 de la Ley de Notariado.

El Fiscal opina que HAY NULIDAD en la sentencia y que reformándola debe revocarse la de primera instancia y declararse fundada la demanda y en consecuencia nulo el testamento de doña Margarita Torres.

Lima, junio 22 de 1936.

Lino Cornejo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, agosto 14 de 1936.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal cuyos fundamentos se reproduce; y considerando: que además de no haberse observado el orden cronológico en los instrumentos que llevan la fecha del 16 y 18 de agosto de 1920, aparece igualmente extendidas en el día 18, catorce escrituras, en diversos lugares, distantes algunos de ellos de la provincia de Ayaviri, donde ejercía sus funciones el Notario don José M. Valdivia: que en ese número excesivo, está comprendido el testamento de doña Margarita Torres viuda de Valdez, otorgado en la hacienda "Antaimarca", situada a 10 leguas de dicha provincia, y que no contiene la designación del día y la hora, existiendo un vacío correspondiente a la omisión anotada: que estos hechos, por cuyo mérito se inició instrucción criminal por el delito de falsedad contra el referido Notario, ya fallecido, resultan del certificado de fs. 26, testimonio de fs. 35, e informe de fs. 129: que tratándose de las solemnidades del testamento en escritura pública, establece el art. 658 del C.C. la concurrencia desde el principio hasta el fin, del testador, el scribano, y tres o más testigos, vecinos del lugar: que don Juan Santander y don Bartolomé Hanco declaran, a fs. 153 y 165, que fueron llamados a la habitación de doña Margarita Torres para que firmaran un pliego, que leyó el Notario Valdivia en presencia de otras personas; agregando el segundo, que no podía entender porque ignora el castellano y únicamente escribe su nombre y apellido: que por consiguiente, y sin tomar en cuenta el impedimento de dicho testigo, estaba concluido el testamento cuando ambos llegaron a la casa de la otorgante, faltándose al requisito de la unidad del acto testamentario, que se requiere para su validez conforme a la ley: que tampoco se ha cumplido con indicar los testigos en la introducción sino en la parte final del instrumento, en oposición a lo que dispone el mismo C.C. y la Ley de Notariado en cuanto a las escrituras públicas: que esta oportuna referencia, es necesaria para conocer su domicilio y demás calidades y aumentar hasta cinco el número de los testigos, cuando alguno de aquellos no es vecino del lugar: que si bien no está probada la incapacidad mental, las causales expresadas anulan el testamento, materia de la actual controversia; y que ordenada la acumulación del juicio iniciado anteriormente por don Justo Torres y hermanos, corresponde apreciar la prueba producida en ambos juicios, no siendo de aplicación el art. 342 del C. de P.C.: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 302 vta., su fecha 16 de ddiciembre de 1933, confirmatoria de la apelada de fs. 275, su fecha 20 de abril del mismo año: reformando la primera, y revocando

la segunda, declararon fundada la demanda interpuesta por don Carlos Valdez en el escrito de fs. 1, ampliada a fs. 23 y sin valor ni efecto el testamento otorgado por doña Margarita Torres viuda de Valdez; y los devolvieron.

R.J.P.– 1962; pag. 1154.

NULIDAD DE TESTAMENTO.– Fuerza probatoria del procedimiento de apertura de un testamento cerrado.– Incapacidad mental.

V,16) *1.– Confirma la validez de un testamento cerrado el hecho de que en el procedimiento de apertura del mismo, en el que se han observado todas las prescripciones procesales, con citación de los presuntos herederos, no haya sido impugnado.*

2.– La incapacidad mental de una persona no se presume y no puede establecerse por medio de una pericia que no se basa en el examen personal del paciente, máxime cuando se ha acreditado que este hacía una vida totalmente normal.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 812/60.– Procede de Lima.

Señor:

En los autos acumulados sobre partición y nulidad de testamento seguidos por don Tomás Marsano y otros con don Alberto Marsano y otros, el Juez a cargo del Tercer Juzgado Civil de esta Capital, ha expedido la sentencia de fs. 840 del segundo cuaderno de este expediente, declarando sin lugar la demanda de nulidad de testamento de fs. 16 interpuesta por don Alberto Marsano y otros, y fundada la de división y partición de los bienes de la que fue señor Clotilde Campodónico de Marsano, interpuesta a fs. 1, por don Tomás Marsano y otros.

Apelado el fallo por la parte vencida, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, lo ha confirmado a fs. 1253, por lo que la misma parte recurre en nulidad.

La resolución recurrida está arreglada a ley.

En efecto, la acción de partición es procedente, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 787 del C.C. y esa partición debe efecutarse de

conformidad con las disposiciones contenidas en el testamento cerrado otorgado por la causante, doña Clotilde Campodónico de Marsano.

En tanto que la acción de nulidad del testamento es infundada, por no haberse probado la existencia de ninguna de las causales de nulidad o anulabilidad citadas en la demanda.

Como lo establece el Juez en el primer considerando de la sentencia apelada, la cuestión litigiosa se concreta a determinar la validez del testamento cerrado otorgado por la causante. Pues, establecida la validez de dicho testamento, es evidente que el derecho de los herederos de pedir la división y partición de los bienes es indiscutible.

La demanda de nulidad de testamento es imprecisa, vaga, pues se concreta a expresar que el testamento es nulo, citando en apoyo los numerales del C.C. que se refieren a la nulidad del acto jurídico; y, alternativamente, solicitan se declare la anulabilidad del mismo instrumento, citando al efecto los dispositivos legales referentes a la anulabilidad. No hay citas concretas de fundamentos de hecho, los que sólo son descubiertos al examinar el alcance de los medios probatorios ofrecidos por los demandantes. Han pretendido acreditar la incapacidad mental de la testadora, valiéndose al efecto de pericias que no pueden surtir efectos legales por cuanto no se basan en el examen personal del paciente por el perito. Los peritos han actuado sobre la base del estudio de una historia clínica confeccionada con posterioridad al otorgamiento del testamento, y por los informes recibidos de los propios interesados. Tal medio probatorio resulta ineficaz, si se tiene en cuenta que las declaraciones uniformes del médico que siempre atendió a la testadora, y de los testigos que han depuesto, algunos de ellos que intervinieron en la entrega del testamento cerrado, y otros que frecuentaron el trato de la causante, todas ellas acreditan la plena capacidad mental de la testadora. La incapacidad no se presume, sino que tiene que probarse; y no habiéndose acreditado ésta, es evidente que el testamento no es nulo, por cuanto la testadora cuando lo otorgó se encontraba gozando plenamente de sus facultades mentales.

De otro lado, y para obtener la anulación del referido testamento, se ha tratado de probar que al otorgarse no se han cumplido las formalidades legales. Pero este intento tampoco ha sido logrado, pues la intervención del Notario Público Dr. Corre Elías, y las uniformes declaraciones de los testigos que presenciaron la entrega del instrumento impugnado, al Dr. Navarro Irvine,

señalado por la testadora, establece que se cumplió con todas las formalidades prescritas por la ley. Hay que tener en consideración que los testigos que han intervenido tanto en la entrega del testamento, cuanto en el proceso, son personas de prestigio indiscutible, cuya solvencia moral no puede ser puesta en tela de duda. Es decir, que el testamento es válido, no sólo por la capacidad de la otorganete, sino por haberse cumplido las formas prescritas por la ley.

Finalmente se ha insinuado la falsedad del instrumento, obteniéndose pericias caligráficas disímiles que establecen que la firma estampada en el pliego que contiene la declaración de última voluntad de la señora de Marsano, no corresponde a ella, por ser diferente a las otras firmas con las que se han efectuado el cotejo. En oposición a esta tesis, está la sustentada por el perito Gustavo Jiménez, designado por el Jurado, cuyas consideraciones prevalecen sobre las consignadas en los otros dictámenes.

Es evidente que dada la avanzada edad de la causante y la propia afección de que adoleció, haya determinado ciertas variaciones notables en la firma, por causa de la variación del pulso; y si no se aprecia igualdad total, identidad absoluta en los rasgos de unas y otroas firmas, es atribuíble a los factores indicados anteriormente. De otro lado no es admisible suponer que haya falseado la verdad, suplantando o imitando la firma de la testadora, por cuanto la garantía de seriedad y honorabilidad de las personas que intervinieron en ese acto, levanta cualquier sospecha, aparte de que ha intervenido un funcionario que da fe de lo acontecido, y certifica que la firma estampada en la cubierta del sobre que contenía el pliego, también firmado por la testadora, corresponde a dicha persona.

El procedimiento de apertura judicial del testamento cerrado, según consta de la correspondiente copia testimonial otorgada por el Notario Público encargado de la protocolización del expediente, se ha seguido observando las prescripciones procesales, y con citación de los presuntos herederos —todos los hijos de la causante— sin que se impugnara en momento alguno la autenticidad de dicho instrumento ni de su firma. Ello reafirma la validez del testamento.

Por tanto, si el testamento es válido, la demanda de partición de bienes es procedente, como lo ha declarado el Juzgado y lo ha reafirmado la Corte Superior.

Por los propios fundamentos de las resoluciones inferiores, procede se

declare que NO HAY NULIDAD en la recurrida, que confirmando la apelada, declara sin lugar la demanda de nulidad de testamento y fundada la de partición de bienes.

Lima, 28 de noviembre de 1960.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiocho de junio de mil novecientos sesentidós.

Vistos; en discordia concordada al momento de la votación, por lo que se hace innecesaria la intervención de los señores Vocales dirimentes: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas mil doscientas cincuentitrés, su fecha veintitrés de junio de mil novecientos sesenta, que confirmando la apelada de fojas mil ochentisiete, su fecha diecisiete de octubre de mil novecientos cincuentinueve, declara sin lugar la demanda de nulidad de testamento interpuesta a fojas diecinueve por don Alberto Marsano y otros, y fundada la demanda de división y partición interpuesta a fojas una por don Tomás Marsano Campodónico; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– SAYAN ALVAREZ.– MAGUIÑA SUERO.– ALVA.– CEBREROS.– VALDEZ TUDELA.– Se publicó.– Lizandro Tudela Valderrama.– Secretario.

R.J.P.– 1958; p. 1103.

NULIDAD DE TESTAMENTO.– Omisión de las formalidades prescritas por la ley.

V, 17) No habiéndose dejado constancia en el otorgamiento de un testamento por escritura pública de que se ha dado lectura a cada cláusula para ver si contenía la voluntad de la testadora y habiéndose omitido consignar el nombre de los testigos en la introducción, procede declarar su nulidad.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 84/58.– Procede de Ica.

Señor:

En el juicio seguido por don Antonio Raffo de la Cadena con doña Lastenia Raffo de la Cadena y otros, sobre nulidad de testamento, por autos de fs. 256 vta. se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia de vista de fs. 254, que confirmando la de Primera Instancia de fs. 219, declara infundada la demanda de fs. 1; con lo demás que contiene.

La sentencia recurrida está arreglada a ley y al mérito de lo actuado, pues el actor don Antonio Raffo de la Cadena a fs. 1 demanda la nulidad del testamento otorgado por doña Zoila Aurora de la Cadena viuda de Raffo, por escritura pública de 20 de junio de 1956; fundándose en que la testadora se encontraba privada de sus facultades físicas e intelectuales, en la fecha en que se otorgó dicho testamento, por la enfermedad que padecía y por su avanzada edad; pero no ha probado en modo alguno tal alegación y por el contrario, del propio texto del instrumento público impugnado, aparece que la testadora se encontraba en perfecto uso de sus facultades, lo que resulta corroborado por las declaraciones testimoniales de los doctores Elisbán García y Víctor Villa-García de fs. 18 y fs. 58. El demandante tampoco ha probado que el citado testamento se fraguó como lo alega en su demanda, ni que se haya violado al otorgarse ninguna de las formalidades exigidas por la ley para su validez; por lo que, no adoleciendo de causal de nulidad que lo invalide, debe surtir todos sus efectos, de acuerdo con la última voluntad de la testadora, debiendo por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto por el art. 338 del C. de P.C. declarar infundada la demanda incoada a fs. 1.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la recurrida, opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, 26 de mayo de 1958.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintitrés de julio de mil novecientos cincuentiocho.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal: considerando: que de las

tres personas que aparecen como testigos testamentarios y cuyo testimonio ha sido ofrecido a fojas nueve por la demandada doña Lastenia Raffo de la Cadena de Cabrera Aguilar, el testigo Francisco Oller Planas manifiesta en su declaración corriente a fojas treintinueve, no haber conocido a la testadora, no haber estado presente en el acto de otorgarse el testamento, y no ser cierto, por consiguiente, que doña Zoila Aurora de la Cadena viuda de Raffo le hubiese solicitado, servirle de testigo para testar; que otro de dichos testigos. Humberto Caneso Almeyda al contestar a fojas treinticuatro, dice haber llegado ocasionalmente a casa de la testadora viuda de Raffo en busca del Notario don Gustavo Echevarría Leguía "para consultar sobre determinado asunto", siendo entonces "que la empleada de la señora Zoila Aurora de Raffo, a nombre de ésta, le solicitó para que sirviera de testigo de su testamento"; que el tercero de dichos testigos, Oswaldo Chumbiauca Magallanes, contestando a fojas cuarentiocho vuelta la cuarta pregunta del interrogatorio de fojas cuarentiocho, formulado por la demandada, expresa que "La señora de Raffo, al leérsele cada cláusula, daba su asentimiento moviendo la cabeza", que la antedicha respuesta del testigo Chumbiauca, persuade, relacionándola con las declaraciones de los médicos tratantes de la señora viuda de Raffo, doctor Elisban Neptalí García Herrera y doctor Víctor Villagarcía, que la testadora pudo no haber estado en los momentos de testar, en aptitud de expresar por sí misma su voluntad; que del testamento no consta que la testadora hubiese hecho persona elegida por ella, a efecto de que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se averiguase, viéndola y oyéndola, si su contenido era la expresión de su voluntad; que las referidas omisiones que aparecen, del propio instrumento, como es de verse de la copia certificada de fojas ciento cincuentidós, producen su nulidad, a tenor de lo que preceptúa el artículo cuatrocientos cuatro del Código de Procedimientos Civiles; que asimismo, la circunstancia de no haberse nombrado a los testigos en la introducción del testamento sino al final, confiere veracidad a la declaración de Francisco Oller Planas, ya glosada en ésta resolución, resultando, como consecuencia, que el testador, los testigos y el notario no han firmado el testamento en el mismo acto, privándolo así de su indispensable claridad; que no habiéndose hecho constar en el testamento las solemnidades preceptuadas en los incisos segundo, cuarto y quinto del artículo seiscientos ochentisiete del Código Civil la falta de esas formalidades esenciales no puede ser suplida por las declaraciones posteriores de los testigos

tres personas que aparecen como testigos testamentarios y cuyo testimonio ha sido ofrecido a fojas nueve por la demandada doña Lastenia Raffo de la Cadena de Cabrera Aguilar, el testigo Francisco Oller Planas manifiesta en su declaración corriente a fojas treintinueve, no haber conocido a la testadora, no haber estado presente en el acto de otorgarse el testamento, y no ser cierto, por consiguiente, que doña Zoila Aurora de la Cadena viuda de Raffo le hubiese solicitado, servirle de testigo para testar; que otro de dichos testigos. Humberto Caneso Almeyda al contestar a fojas treinticuatro, dice haber llegado ocasionalmente a casa de la testadora viuda de Raffo en busca del Notario don Gustavo Echevarría Leguía "para consultar sobre determinado asunto", siendo entonces "que la empleada de la señora Zoila Aurora de Raffo, a nombre de ésta, le solicitó para que sirviera de testigo de su testamento"; que el tercero de dichos testigos, Oswaldo Chumbiauca Magallanes, contestando a fojas cuarentiocho vuelta la cuarta pregunta del interrogatorio de fojas cuarentiocho, formulado por la demandada, expresa que "La señora de Raffo, al leérsele cada cláusula, daba su asentimiento moviendo la cabeza", que la antedicha respuesta del testigo Chumbiauca, persuade, relacionándola con las declaraciones de los médicos tratantes de la señora viuda de Raffo, doctor Elisban Neptalí García Herrera y doctor Víctor Villagarcía, que la testadora pudo no haber estado en los momentos de testar, en aptitud de expresar por sí misma su voluntad; que del testamento no consta que la testadora hubiese hecho persona elegida por ella, a efecto de que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se averiguase, viéndola y oyéndola, si su contenido era la expresión de su voluntad; que las referidas omisiones que aparecen, del propio instrumento, como es de verse de la copia certificada de fojas ciento cincuentidós, producen su nulidad, a tenor de lo que preceptúa el artículo cuatrocientos cuatro del Código de Procedimientos Civiles; que asimismo, la circunstancia de no haberse nombrado a los testigos en la introducción del testamento sino al final, confiere veracidad a la declaración de Francisco Oller Planas, ya glosada en ésta resolución, resultando, como consecuencia, que el testador, los testigos y el notario no han firmado el testamento en el mismo acto, privándolo así de su indispensable claridad; que no habiéndose hecho constar en el testamento las solemnidades preceptuadas en los incisos segundo, cuarto y quinto del artículo seiscientos ochentisiete del Código Civil la falta de esas formalidades esenciales no puede ser suplida por las declaraciones posteriores de los testigos

instrumentales Caneso y Chumbiauca; porque ello importaría dar validez a un acto que la ley declara nulo por falta de dichas solemnidades: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientos cincuenticuatro, su fecha veintiséis de diciembre de mil novecientos cincuentisiete, confirmatoria de la apelada de fojas doscientos diecinueve, su fecha veintiuno de setiembre del mismo año; reformando la primera y revocando la segunda: declararon fundada la demanda interpuesta por don Antonio Raffo de la Cadena en su escrito de fojas una, y sin valor ni efecto el testamento otorgado por doña Zoila Aurora de la Cadena viuda de Raffo; sin costas; y los devolvieron.– BUSTAMANTE CISNEROS.– GARMEDIA.– ALVA.– TELLO VELEZ.– VALDEZ TUDELA.– Se publicó.– Walter Ortiz Acha.– Secretario.

R. de los T.– p. 73

V,18) *Es nulo el testamento otorgado por un insano, aun cuando haya sido hecho antes de la declaratoria de su interdicción, si la incapacidad existía notoriamente en la época del testamento.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Daniel C. Urrea, apoderado de don José Landabazo, pidió, en agosto de 1931, se declarara la interdicción civil de su poderdante, que se encontraba en estado de incapacidad mental. Tal declaración se hizo a fs. 42 del cuaderno de la materia en 5 de abril de 1932.

Landabazo había hecho su testamento en Barranco en 9 de junio de 1923 ante el Notario Agustín Rivero y Hurtado y testigos doctor Hernán Pazos Varela, Máximo E. Argüelles y Carlos García Grilló y falleció en Agosto de 1934.

Sostiene doña Irena Landabazo que el estado de insanía del testador data desde fecha anterior al testamento, el que, por consiguiente, resulta nulo.

Los datos suministrados en autos para comprobar que el insano estuvo sufriendo desde entonces de perturbaciones mentales, no producen la convicción de que Landabazo era notoria y absolutamente incapaz de testar.

Opino en consecuencia, por la NULIDAD de la sentencia recurrida y

por la confirmación de la apelada, que declara infundada la demanda de fs. 1 sin costas.

Lima, 9 de abril de 1937

Araujo Alvarez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 24 de noviembre de 1937

Vistos; con lo expuesto, por el señor Fiscal; y considerando: que doña Irena Landabazo de Stipisich interpone, en setiembre de 1934, la demanda de fs. 1, para que se declare la nulidad del testamento que su hermano don José Landabazo otorgó, en escritura pública, en el Barranco, el 9 de junio de 1923, porque la causa de insanía que motivó la declaración judicial de su interdicción, en 11 de abril de 1932, existía notoriamente desde antes de la fecha de dicho testamento; y ls sentencia que se pronuncie, debe resolver explícitamente este punto fundamental de la controversia; que don José Landabazo, después de residir por mucho tiempo en Arequipa, en donde tuvo negocios y un establecimiento mercantil, y en donde otorgó su minucioso testamento en escritura pública de fs. 127, de 4 de julio de 1921, se trasladó a esta capital en enero de 1923, y liquidando antes sus negocios de Arequipa, y se radicó en su casa del Barranco, al lado de su familia; que los amigos que lo visitaron en su indicado domicilio, don Alfredo Iturburu y don Federcio López de Castilla cuya familia adeudaba una suma de dinero, advirtieron en él, desde un principio síntomas inequívocos de desequilibrio mental como lo expresan a fojas 14 vuelta 42, pues se creía víctima de una tragedia inminente tramada en su contra, se golpeaba contra las paredes y revelaba una absoluta falta de voluntad; que el facultativo doctor don Javier Lanfranco lo asistió desde tres meses antes del otorgamiento del testamento, desde el 22 de marzo de 1923, según declara a fs. 11, y dice que padecía de manifestaciones delirantes, de tipo hipocondríaco con inclinaciones al suicidio, habiendo momentos en que se daba golpes en la cabeza; y agrega que aunque la inteligencia del enfermo permanece lúcida, su estado afectivo se alteraba profundamente, por súbito cambio de sentimiento de afecto y aversión respecto de unas mismas personas; que el cuatro de junio de dicho año se reunieron en junta los médicos Valdizán y Lanfranco, y constararon y declararon la demencia senil de Landabazo, según aparece del certificado de

fs. 39, en circunstancias que sus otros hermanos Aniceto Bernardo y Victoria, sufrían igual enfermedad y se hallaban reclusos por idéntica causa; que en la misma primera quincena de junio en que se celebró esa junta, fue internado el enfermo en la Clínica Pasquel de Magdalena del Mar, según el certificado de fs. 40, afectado de psicosis melancólica, en donde estuvo hasta el mes de setiembre, y reingresó en marzo de 1924, permaneciendo hasta mayo de 1927, en cuya fecha egresó, sin haber experimentado mejoría; que el doctor Alfonso Pasquel declara a fs. 60 que Landabazo era un psicópata calificado; lo que entraña, agrega el concepto de la pérdida o atenuanción del juicio integral; que en junio de 1928 fue trasladado al Asilo de Ancianos Desamparados, que regentan las Hermanitas de los pobres, sufriendo trastornos mentales que lo hacían incapaz de discernimiento, según los certificados de fs. 37 y 38, en donde estuvo hasta su fallecimiento, ocurrido el 13 de agosto de 1934; que sus apuntaciones fe fs. 8 y fs. 8 vta. suscritas y fechadas por él, en marzo y mayo de 1923, antes del testamento, y que se han declarado auténticas, no dejan duda acerca del desequilibrio que padecía; que aunque no se puede determinar la fecha precisa en que comenzó a manifestarse la enfermedad, está probado que Landabazo llegó a Lima, en enero de 1923, ya afectado del mal que sufrió hasta su muerte y que, según ek ilustrado informe del médico alienista doctor Héctor Villa García, corriente en el cuaderno de interdicción, consistía en una psicastenia, que no impedía al paciente responder con relativa lógica a las preguntas que se le dirigían, pues, conservaba la memoria, pero le privaba absolutamente de voluntad, haciendo de él un abúlico en grado considerable, incapaz de la menor iniciativa, un neurótico obsesionado por el temor constante de una tragedia, no siendo posible, por consiguiente, reputarlo en estado de lucidez perfecta, ni en condiciones de ejercer por sí sus derechos civiles; que en esta situación, verdaderamente notoria, por su continuidad, otorgó, sin embargo, su testamento, el 9 de junio; acto que por el mérito de la prueba actuada no puede escapar a la sanción de nulidad prevista en el artículo 27 del Código Civil que tanto el Notario Rivero y Hurtado, como los testigos testamentarios que intervinieron en ese acto, cuya honorabilidad no se ha puesto en duda, juzgaron aparentemente al testador en pleno goce de sus facultades, porque no tuvieron motivos; ni tiempo para apreciar a fondo su capacidad y fueron por esto inducidos de buena fe en error; que es de notar que en el testamento de Arequipa, declara Landabazo ser natural del Callao y peruano, pues,

aunque su padre, era español lo inscribió en el registro de españoles, no ha renunciado a su nacionalidad de origen; y, no obstante en el del Barranco se reputa español nacionalizado; y que si bien se han limitado los demandados a negar el fundamento de la acción, lo que no les impedía ofrecer una prueba contraria, no han intentado demostrar que Landabazo, en la época de que se trata, hubiera participado de alguna manera en actos sociales o de otro género, pública o privadamente y con discernimiento, a pesar de que vivían como en familia, en domicilio contiguo al suyo. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 137, su fecha 11 de noviembre del año próximo pasado, que revocando la de primera instancia de fs. 113, su fecha 23 de marzo anterior, declara fundada la demanda; entendiéndose que es, en consecuencia, nulo el testamento de 9 de junio de 1923, corriente a fs. 111, sin costas; y los devolvieron.— BARRETO.— QUIROGA.— ZAVALA LOAIZA.— CARDENAS.— VELARDE ALVAREZ.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 1427.— Año 1936.
Procede de Lima.

A.J.— 1940; p. 153

V,19) *Nulidad de testamento.— Los actos anteriores a la interdicción del loco o fatuo pueden ser anulados, si la causa de la interdicción existía notoriamente en la época en que se verificaron.*

Recurso de nulidad interpuesto por doña Juana B. de Ingunza en la causa que sigue con doña Lola de Rocha, sobre nulidad de testamento.— Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Fiscal opina por la NO NULIDAD de la sentencia recurrida por doña Juana B. Ingunza que declara sin lugar su demanda de fs. 1 de nulidad del testamento de doña Matilde Ingunza viuda de Olivera, por los fundamentos

que dicha sentencia contiene.

Lima, 15 de junio de 1940.

Araujo Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 10 de diciembre de 1940.

Vistos; con los traídos que se separarán; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando; que doña Matilde Ingunza viuda de Olivera fue declarada en estado de interdicción el 27 de setiembre de 1932, por causa de demencia o enagenación mental, después de observados los trámites legales, en virtud de la solicitud formulada por su sobrina doña Juana Ingunza viuda de Huamán en julio de 1920, y en este estado falleció en la casa de su propiedad sita en la calle de Malambo o Francisco Pizarro el 23 de julio de 1933; que habiéndose descubierto en el procedimiento de declaración de herederos de la difunta, que ésta había otorgado testamento ante el Notario Flores Chinarro el 20 de marzo de 1926, instituyendo herederas a su prima doña María Griselda Ingunza y a su sobrina doña Lola Duhart viuda de Nation, ha demandado doña Juana B. Ingunza, como sobrina de la testadora, la nulidad de ese acto, por haberse practicado cuando ésta adolecía ya de la incapacidad que determinó su interdicción; que conforme al artículo 27 del Código Civil derogado, los actos anteriores a la interdicción del loco o fatuo pueden ser anulados, si la causa de la interdicción existía notoriamente en la época en que se verificaron; que en el año 1928 un sobrino de la viuda de Olivera, don Alfonso Ingunza, se hizo otorgar un poder general por ésta, para administrar y disponer de sus bienes, ante el notario don Miguel Córdova, con el cual vendió la finca de la poderdante a don José Taravay, por la suma de cuatrocientas libras, que la supuesta vendedora no llegó a recibir, y descubierta la falsedad de estos actos, se abrió la instrucción correspondiente, que ha concluido con el auto expedido en noviembre de 1939, que ha declarado prescrita la acción penal; que en esa instrucción declaró a fs. 66 vta. el doctor César Armestar, exponiendo que había sido médico de la señora Matilde de Ingunza desde 1926 poco más o menos, que siempre había advertido su estado de enagenación y que sufría de hemorragia cerebral, de suerte que no procedía deliberadamente; y en estos autos corre el certificado del mismo facultativo de fs. 8 en que manifiesta haber atendido en varias

ocasiones a dicha señora, a partir del año 1925, habiendo notado desde entonces signos clásicos de enagenación mental; que desde que el Juzgado examinó a la viuda de Olivera, en el procedimiento de interdicción, en julio de 1929, en presencia de los peritos doctores don Carlos Bambarén y don Luis Vargas Prada, encontró en ella visibles manifestaciones externas de desequilibrio síquico; y del dictamen de estos facultativos resulta que esa señora octogenaria no podía coordinar ideas, ni palabras; que no podía escribir, pues padecía de agrafía, que es la pérdida del lenguaje escrito, por enfermedad cerebral, y que carecía de voluntad, habiendo sufrido un ataque apoplético, que le había dejado profunda huellas en su sistema nervioso y en sus facultades mentales, que se remontaba a varios años, cuatro cuando menos, o sea a 1925, por lo que era absolutamente irresponsable; que los recibos de arrendamiento de fs. 52 a 56 marcan de otra manera, pero con idéntico resultado, el punto de partida de agrafía, o sea de la incapacidad de la señora, pues redactó y firmó los de setiembre y diciembre de 1924, pero no los posteriores de 1925, 1926 y 1927, y por esto no pudo suscribir el testamento impugnado de 1926, no por mero impedimento físico, como dijo el notario, sino por una causa fundamental de otras proyecciones; que si según la opinión de su médico y la de los peritos facultativos la dolencia mental de la señora databa de 1925 y desde entonces era notoria su incapacidad, como lo prueban los recibos mencionados, es evidente que no pudo dictar por si sus disposiciones, ni testar consecuentemente en marzo de 1926; que esta conclusión se corrobora si se observa que esa anciana abúlica, de 78 años, según la partida de fs. 90, aparece testando, no en su casa, ni en el oficio del notario, sino en la calle de Carrera, en la morada de la señora Lola Duhart, una de las herederas instituidas, y en presencia de la otra, a donde fue llevada especialmente para este acto, en la que encontró reunidos al Notario y los testigos, volviendo después a su casa de Malambo, en donde vivió siempre hasta su fallecimiento; que el hecho de que se se haya descubierto durante la secuela de la causa la existencia de un testamento anterior, el de fs. 80, otorgado en 1916, y en que no es favorecida la demandante, no la priva del derecho con que impugnó el testamento de 1926, en su condición de relacionada próxima de la testadora; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 110, su fecha 2 de noviembre de 1939; reformándola, y revocando la de primera instancia de fs. 93, su fecha 8 de agosto anterior, declararon fundada la demanda interpuesta a fs. 1 por doña Juana B. Ingunza

y que es nulo el testamento que aparece otorgado en 20 de marzo de 1926, ante el Notario don Francisco Flores Chinarro por doña Matilde Ingunza viuda de Olivera y a que se refiere el testimonio de fs. 82, sin costas; mandaron se haga saber a la Sociedad de Beneficencia la existencia del testamento de fs. 80, para los efectos legales; y los devolvieron.

Barreto.– Zavala Loaiza.– Chávarri.– Ballón.– Benavides Canseco.

Se publicó conforme a ley.

M. Arnillas O. de V. Secretario.

Cuaderno No. 1652.– Año 1939.

R.J.P.– 1952; p. 1581

V,20) *1.– Es nula la cláusula de un testamento que dispone de bienes que no son de propiedad de quien aparece otorgándolo.*
2.– No puede ser tutor aquel que es deudor o tiene, interés contrario al de los menores cuya guarda le confió el testador.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 553/951.– Procede de Lima.

Señor: Don Alfredo Díaz Villar falleció bajo el imperio del testamento que otorgó por escritura pública de 10 de noviembre de 1947, que en testimonio corre a fs. 6 del juicio ejecutivo acompañado. En ese acto el testador designó como tutora de sus menores hijos Alfredo y María Jesús Díaz Martínez, habidos en doña María Lucila Martínez, a su señora madre doña María Jesús Villar viuda de Díaz, disponiendo que continuaran viviendo con ésta en la finca del jirón Succha y que el alquiler de los bajos fuera entregado a su señora madre mencionada para el sostenimiento de los indicados menores.

Doña Luz Velásquez viuda de Díaz por sí y sus menores hijos, ha demandado la nulidad de dicha cláusula, acción que el Juzgado de Primera Instancia ha declarado fundada en la sentencia de fs. 23, confirmada por la de vista de fs. 42 vta.

De autos resulta que la madre de los menores Alfredo y María Jesús vive, y que la tutora nombrada sigue juicio ejecutivo contra la Testamentaría, de manera que está impedida de ejercer el cargo por lo dispuesto en los incisos

3o. y 4o. del Art. 490 del C.C.

También está probado que los bienes dejados por el causante tienen la condición de comunes, razón por la que la cláusula materia de la nulidad contiene disposición que afecta los bienes gananciales y la parte que corresponde a los hijos legítimos, en beneficio de dos hijos ilegítimos, lo que no está arreglado a ley, siendo claro el derecho de la actora para accionar.

Por lo expuesto, opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 13 de setiembre de 1951.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diez de octubre de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuarentidós vuelta, su fecha cinco de julio del presente año, que confirmando la de primera instancia de fojas veintitrés, su fecha veintiocho de marzo del mismo año, declara fundada la demanda interpuesta por doña Luz Velásquez viuda de Díaz contra don Alejandro Villar Chávez, doña María Jesús Villar viuda de Díaz y doña María Lucila Martínez y, en consecuencia, nula la cláusula quinta del testamento otorgado por don Alfredo Díaz Villar; condenaron en las coastas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Zavala Loaiza.– Frisancho.– Láinez Lozada.– Cox.– Eguiguren. Se publicó conforme a ley.– Dagoberto Ojeda del Arco. Secretario.

R.J.P.– 1968; p. 55

NULIDAD DE TESTAMENTO.– Declaración de vacancia de la herencia.

V,21) *1.– Es nulo un testamento otorgado por persona que ha sido declarada en estado de interdicción por incapacidad senil.*

2.– Es válido el contrato de arrendamiento que celebró la interdicta con su inquilino, antes de haber sido declarada en ese

estado, porque aún no había perdido la conciencia de sus actos.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 846/66.– 1ra. Sala.– Procede de La Libertad.

Señor:

Doña Eulalia Rodríguez Zavaleta vda. de Amorós, falleció intestada el 6 de noviembre de 1960, siendo declarados sus herederos Juana, Modesto Ismael, Eugenio Eulogio y Ernesto Amorós Rodríguez, con la calidad de hijos legítimos, por auto dictado el 4 de abril de 1961, en el procedimiento sumario que los interesados siguieron con ese propósito, cuyo expediente ha venido acompañado al principal sobre nulidad de testamento.

El 5 de abril, del mismo año 1961, a instancia de Alfonso León Pérez, se abrió el procedimiento no contencioso de declaratoria de herederos de doña Andrea Zavaleta vda. de Rodríguez, fallecida el 26 de enero de 1960 pidiendo, el solicitante, que la institución hereditaria se paractiara a favor de los nietos de la fallecida, llamados Modesto, Juana, Eugenio y Ernesto Amorós Rodríguez, en representación de su madre premuerta doña Eulalia Rodríguez Zavaleta vda. de Amorós. Hecha las publicaciones de ley, se apersonó al procedimiento don Ezequiel Sandoval Zavaleta, informando de la existencia de testamento, en cuya consideración y presentada que fue la escritura pública que contiene las disposiciones de última voluntad de la que fue Andrea Vda. de Rodríguez, se mandó cortar el procedimiento, todo lo que consta del expediente de su referencia que tengo a la vista.

Con los anteriores antecedentes, Modesto Amorós Rodríguez demanda acumulativamente en la vía ordinaria: primero que se le declare heredero, junto con sus hermanos Juana Angélica, Eulogio Amorós Rodríguez, de la que fue su abuela doña Andrea Zavaleta Aguilar vda. de Rodríguez; según la nulidad del testamento otorgado por su nombrada abuela el 28 de febrero de 1958 ante el Notario de Trujillo doctor Abel Darío Alva Zurcher instituyendo herederos de sus bienes a su hija Eulalia Rodríguez Zavaleta y a don Ezequiel Sandoval Zavaleta; tercero, la nulidad del contrato de arrendamiento que celebró doña Andrea Zavaleta vda. de Rodríguez con doña Santos Terrones sobre los inmuebles No. 483 y 487 de lacalle Unión de la ciudad de Trujillo el 26 de julio de 1956; cuarto, que don Ezequiel Sandoval y doña Santos Terrones entreguen los referidos predios de la calle Unión y quinto, que los

demandados paguen la suma de S/. 15,000.00 como usufructo a la cantidad que se liquide en ejecución de sentencia, desde la fecha de la ocupación de los inmuebles cuestionados hasta su entrega.

El demandado Ezequiel Sandoval a fs. 36, niega la demanda aduciendo que doña Andrea Zavaleta vda. de Rodríguez gozaba del pleno uso de sus facultades cuando lo instituyó su heredero. La codemandada doña Santos Terrones a fs. 38, también niega y contradice la demanda en cuanto a ella se refiere, afirmando que el arrendamiento de las casas de la calle Unión No. 483 y 487 de la ciudad de Trujillo le fue otorgado por propietario voluntariamente y cuando no adolecía de ninguna enfermedad física ni mental. Que el contrato ha venido cumpliéndose regularmente y su validez ha sido reconocida por los propios actores que han pedido que se les entregue las merecedes conductivas que ha consignado.

Por sentencia de fs. 47, el Juez de la causa, haciendo lugar a la demanda de fs. 2, declara nulo el testamento que en testimonio cursa a fs. 11 y siguientes del expediente sobre declaratoria de herederos de Andrea Zavaleta vda. de Rodríguez; nulo el contrato de arrendamiento que está inserto a fs. 8 del expediente de consignación; ordena que los demandados paguen el usufructo reclamado y finalmente declarando vacante la herencia causada por doña Andrea, instituye como sus herederos a sus nietos ya nombrados. Esta sentencia es ampliada en el auto de fs. 97, en que se ordena la entrega de los bienes causados por la referida doña Andrea Zavaleta, a los demandantes. La Corte Superior de La Libertad, ha confirmado, por sus fundamentos, la sentencia de primera instancia y el auto ampliatorio de la misma, lo que origina el recurso de nulidad concedido a los demandados.

Según el Art. 1075 del C.C., para la validez del acto jurídico, entre otras condiciones, se requiere de agente capaz. Doña Andrea Zavaleta vda. de Rodríguez, no reunía el requisito de capacidad otorgó su testamento por escritura pública ante el Notario Abel Alva Zucher, el día 28 de febrero de 1958, ella estaba privada de ejercer sus derechos civiles, por haber sido declarada en esta de interdicción, por incapacidad senil en sentencia judicial dictada el 12 de diciembre de 1957, que confirmó el Tribunal el 21 de abril del año 1958. Aún que la sentencia confirmatoria quedó ejecutoriada ya el 8 de noviembre de 1958, lo cierto que tanto el Juez como el Tribunal encontraron prueba bastante de la incapacidad de doña Andrea, instituyendo curatela a su favor. De acuerdo con el citado Art. 1075 y el concordante inc.

1o. del art. 1123 del C.C., procede declarar que NO HAY NULIDAD en la recurrida de vista, en cuanto confirmando la sentencia de primera instancia declara totalmente nulo el testamento que en escritura pública otorgó doña Andrea Zavaleta de Rodríguez, instituyendo herederos universales de sus bienes a su hija Eulalia y a don Ezequiel Sandoval Canales.

No ocurre lo mismo con el contrato de locación-conducción a que se refiere el tercer punto de la demanda. El arrendamiento de los inmuebles No. 483 y 487 de la calle Unión, fue otorgado a favor de Santos Terrones el 23 de julio de 1956, en cuya fecha aún no se había iniciado el procedimiento de interdicción de la locadora doña Andrea vda. de Rodríguez. Con relación a su estado mental se ha pronunciado el Dr. Domingo Alvarado Calderón, como su médico tratante y el Médico Legista de Trujillo, doctor Alvarado Canales Ganoza, en los certificados corrientes a fs. 39 y fs. 40 del expediente de interdicción, informando que se advertía disminución de la capacidad de doña Andrea; por lo avanzado de su edad, pero que no había perdido la conciencia de sus actos. No habiéndose establecido en forma indudable que la locadora padecía de incapacidad mental en el modo que determina el art. 573 del C.C.; no estando probado tampoco, que hubo coacción dolosa o suplantación de la persona, que con las causales que se funda el actor, el contrato de arrendamiento debe reputarse válido y surtir sus efectos de acuerdo con sus estipulaciones. Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar que HAY NULIDAD en la recurrida de vista. Reformando ésta y revocando la apelada en el punto estudiado, debe resolverse que es infundada la demanda en su tercer extremo.

También HAY NULIDAD en la sentencia de segunda instancia, en la parte que confirmando la apelada ordena que se materialice la entrega de los inmuebles cuestionados a los demandantes y se les pague la suma reclamada como usufructo. Doña Santos Antonia Terrones posee las casas No. 483 de la calle Unión de la ciudad de Trujillo a título de arrendataria y está protegida en dicha posesión por el contrato de locación-conducción inserto a fs. 8 del cuaderno de consignación. En ese contrato de locadora facultó a doña Santos Antonia Terrones, para subarrendar los inmuebles; en cuyo caso le corresponde también el derecho real de usufructo, por tanto el plazo de la locación, con la única obligación de seguir pagando las mercedes conductivas que se pactaron. En tal virtud, opino por que reformando la recurrida y revocando la apelada en estos puntos, se declare sin lugar la demanda de fs. 2 en sus

extremos cuarto y quinto.

Las sentencias inferiores no están arregladas a ley, en cuanto declarando vacante la herencia causada por doña Andrea Zavaleta Vda. de Rodríguez, instituye como sus herederos al demandante Modesto Amorós y a sus hermanos Juan y Eulogio.

La vacancia de la herencia, está regida por el Art. 773 del C.C. y el concordante 1219 del C. de P.C. que no es el caso presente, en que existan herederos forzosos que piden la herencia; pero la institución hereditaria no puede practicarse dentro de un juicio ordinario como el promovido a fs. 2, por cuanto, según estatuye el Art. 1223 del C. de P.C., en los casos de nulidad o falsedad de su testamento, la declaración de herederos debe solicitarse acompañando la sentencia ejecutoriada en que se ha declarado la nulidad de falsedad, lo que quiere decir, que ésta declaración judicial debe proceder a la solicitud del procedimiento de declaración de herederos, que imperativamente, debe someterse a las reglas de procedimiento establecidas por el Art. 1212 y siguientes del mismo Código, para la sucesión ad-instestato. De ello también resulta que es inadmisible que se interpongan acumulativamente, demandas de nulidad de testamento y de declaratoria de herederos, que estando sometidas a distintas reglas de procedimiento son inacumulables.

Por los fundamentos expuestos, concluye mi opinión, por que se declare NULA la sentencia de vista e INSUBSISTENTE la apelada en cuanto resuelven sobre el derecho hereditario de los demandantes, que puede ser ejercitado por éstos con arreglo a ley, y en cuanto declaran vacante la herencia causada por la occisa doña Andrea Zavaleta Vda. de Rodríguez.

Lima, 29 de marzo de 1967.

Ponce Sobrevilla

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinticinco de abril de mil novecientos sesentisiete.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento dieciséis, su fecha treinta de setiembre de mil novecientos sesentiséis, en cuanto, confirmando la apelada de fojas noventicuatro, ampliada a fojas noventisiete, sus fechas veintiséis y veintinueve de octubre de mil novecientos sesenticinco, declara fundada la demanda interpuesta por don Modesto Amorós Rodríguez y otros

contra don Ezequiel Sandoval Zavaleta y otra respecto a la nulidad del testamento que se indica; declararon HABER NULIDAD en la parte que declara nulo el contrato de arrendamiento y ordena la entrega de inmuebles y pago de frutos; reformando y revocando la de primera instancia en estos puntos: declararon infundados dichos extremos de la demanda; declararon nulo la recurrida e insubsistente la apelada en cuanto se resuelve sobre el derecho hereditario de los actores y se declara vacante la herencia de doña Andrea Zavaleta viuda de Rodríguez; y los devolvieron.– MAGUIÑA SUERO.– VIVANCO MUJICA.– PERAL.– CARRANZA.– VASQUEZ DE VELASCO.– Se publicó.– Lizandro Tudela Valderrama.– Secretario.

R.J.P.– 1957; p. 159

NULIDAD DE CLAUSULA TESTAMENTARIA.– Bien Común.– Recurso de nulidad.

V,22) *1.– Es nula la cláusula testamentaria en la que se considera como propio del cónyuge supérstite un inmueble adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal.*

2.– La Corte Suprema no puede conocer de los puntos materia de la controversia resueltos en Primera y Segunda Instancia, que no han sido objeto del recurso de nulidad.

Exp. No. 1280/54.– Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Otilio Portal y Sanfilio falleció bajo el imperio de su testamento de fecha 16 de marzo de 1945, otorgado ante el Notario doctor Ricardo Samanamud y que en copia obra a fs. 3. En ese acto el testador, entre otras disposiciones, declaró que el inmueble de la calle Carhuaz No. 361 y el solar que lo integra es de propiedad exclusiva de su esposa doña Mercedes Anza Campos de Portal, y que a sus hijos naturales llamados Héctor, Otilio y David les había entregado tres mil soles a cada uno que debían considerarse como anticipos de legítima; y mejoró a sus hijos legítimos Pedro y Petronila Portal Anza.

Los citados don Otilio, don Héctor y don David Portal Rodrigo han demandado la nulidad de las cláusulas testamentarias de que se acaba de hacer mención, acción que ha sido contradicha a fs. 90, reconviniendo la demanda para que los actores devuelvan lo que han recibido en exceso por anticipo de legítima, paguen el dinero que el testador les ha proporcionado por otros conceptos y para que se declare que son de su exclusiva propiedad las reparaciones y mejoras que ha hecho en el inmueble de la calle Carhuaz y cuyo valor es de más de S/. 36,000.00.

Tramitada la causa, el Juzgado de Primera Instancia en la sentencia de fs. 323 y 328 ha declarado fundadas, en parte, la demanda y la reconvención. La referida sentencia ha sido confirmada por la de vista de fs. 382, ampliada a fs. 388 vta., de la que interpone recurso de nulidad la demandada en los términos de su escrito de fs. 390, o sea sólo en cuanto se declara bien común el inmueble de la calle Carhuaz y en cuanto al valor de las mejoras asignado al mismo inmueble, que la recurrente considera exiguo.

Según lo acredita la partida de matrimonio que obra a fs. 136 don Otilio Portal y Santifilio y doña Mercedes Anza Campos se casaron religiosamente el 19 de marzo de 1924.

El terreno sobre el que posteriormente se edificó el inmueble fue adquirido por escritura pública de 9 de junio de 1933, por doña Irena Anza quien declaró que la compra la había hecho con dinero y por encargo de doña Mercedes E. Anza de Portal. Por escritura pública de 10 de octubre de 1944, don Eduardo Maldonado hizo la correspondiente declaración de fábrica a favor de la demandada, quien en el mismo acto la aceptó. Los actos jurídicos indicados aparecen de los testimonios que obran a fs. 127 y 130, respectivamente.

Es decir, que tanto la compra del terreno, como la construcción se verificaron cuando la demandada era casada con don Otilio Portal y Sanfilio.

En el curso del juicio, doña Mercedes Anza vda. de Portal no ha aportado prueba convincente que acredite que aquel bien tenga la calidad de propio. La presunción legal de constituir bien de la sociedad conyugal no ha sido desvirtuada en forma alguna. La declaración verificada por el esposo en la minuta que obra a fs. 115, firmada pocos meses antes de que otorgara su testamento, es también insuficiente para el fin propuesto, porque viene a constituir un acto unilateral para favorecer a la esposa. Conforme se ha resuelto por el Juzgado y la Corte Superior el inmueble materia del juicio

constituye bien común.

En lo que respecta a las reparaciones que ha verificado la demandada en el inmueble referido, de los documentos ofrecidos como prueba y que tienen validez resulta que esas obras ascendieron a la cantidad de S/. 2,195.00.

Los demás puntos materia de la demanda y reconvención resueltos en las sentencias de Primera y Segunda Instancia han quedado ejecutoriados.

Por lo expuesto opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 6 de Abril de 1955.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diez de abril de mil novecientos cincuentisiete.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas trescientas ochentidós y auto ampliatorio de fojas trescientas ochentiocho vuelta, sus fechas catorce y veintiocho de octubre de mil novecientos cincuenticuatro, en la parte materia del recurso, que confirmando la apelada de fojas trescientas veintitrés y auto ampliatorio de fojas trescientas veintisiete, sus fechas catorce y veinticinco de setiembre de mil novecientos cincuentitrés, respectivamente, declara que la casa de la calle Carhuaz número trescientos sesentiuno y el solar que la integra tienen la calidad de común de la sociedad conyugal Portal Anza, y que las reparaciones verificadas por doña Mercedes Anza viuda de Portal en la casa de la calle Carhuaz ascienden a dos mil ciento noventicinco soles; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Eguiguren.– Garmendia.– Maguiña Suero.– Avla.– Lengua.– Se publicó.– Walter Ortiz Acha.– Secretario.

A. J.– 1949; pag. 33.

V,23) *El legatario carece de título para ejercitar la acción de nulidad contra el testamento que lo instituye.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Por escritura pública de 12 de Abril de 1946, a que se contrae la copia certificada de fs. 18 vta. doña Etelvina Florindez Vda. de Cueto otorgó su testamento, instituyendo diversos legados y como heredero del resto de sus bienes a su sobrino don Rufino Florindez Aranza, a quien designó albacea.

Uno de los legatarios, don Arturo Florindez Espino, ha demandado la nulidad del testamento, alegando inobservancia de las disposiciones de la ley del Notario; falta de capacidad bastante de la testadora; y, según es de verse del otro si del recurso de fs. 1, que la firma de aquella es falsa.

En el curso del juicio se estableció la autenticidad de la firma, mediante la pericia correspondiente, no objetada; por lo que respecto de este fundamento de la demanda se produjo el desistimiento de fs. 45 vta.

En la sentencia de fs. 50 el Juzgado de Primera Instancia declaró infundada la demanda. La Corte Superior de Ica, a fs. 63, confirmó la precitada sentencia, originando recurso de nulidad del demandante.

No existe prueba de la alegada incapacidad de la testadora. Al respecto el actor no ha ofrecido ninguna.

En cuanto a la infracción u omisión de las disposiciones de la Ley de Notariado, aparece del testamento que el Notario procedió a examinar a doña Etelvina Florindez Vda. de Cueto y la encontró capaz para testar; que en el testamento intervinieron los tres testigos que señala la ley; que la testadora dio razón de su nombre, edad aproximada, estado civil, e hizo la relación de sus bienes; y que el testamento le fue leído por el Notario cláusula por cláusula, en cuyo contenido se ratificó.

No es causal de nulidad del acto la falta de inscripción en el Registro de Testamentos, desde que es omisión que no afecta al acto mismo y que da lugar a responsabilidad si existen daños y perjuicios, los que en el caso de autos no se han probado.

Opino, que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia decurrida.

Lima, 12 de Diciembre de 1949.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de diciembre de mil novecientos cuarentinueve.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, y no habiendo acreditado el actor tener el título indispensable para ejercitar la acción de nulidad contra el testamento, conforme al artículo cuatro del Título Preliminar del Código Civil: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesentitrés, su fecha dieciséis de mayo del presente año, por la que se confirma la de primera instancia de fojas cincuenta y su complementaria de fojas cincuenticinco, sus fechas dos y seis de diciembre del año próximo pasado, respectivamente, y declara improcedente la demanda interpuesta a foja una por don Arturo Florindez contra don Rufino Florindez sobre nulidad del testamento de doña Etelvina Florindez viuda de Cueto; y los devolvieron.

Frisancho.– Fuentes Aragón.– Cox.– Pinto.–

Se publicó conforme a ley. Jorge Vega García. Secretario.

Cuaderno No. 460. Año 1949.

Procede de Ica.

R.J.P.– 1951; pag. 380

NULIDAD Y CADUCIDAD DE TESTAMENTO.

V, 24) *1.– No es causal de caducidad de un testamento no haber considerado dentro del mismo a un hermano, por cuanto los hermanos no son herederos forzosos.*

2.– Los vicios que hacen anularse el acto jurídico deben acreditarse para que se declare la nulidad de un testamento.

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 1235/950.– Procede de Lima.

Señor: Si es verdad que como aparece acreditado por diversos actuados de este juicio, doña Victoria Velazco de Chambers, que a la muerte de su esposo don Alejandro J. Chambers, ocurrido en Norte América, donde habitaban juntos, se reintegró a esta ciudad a instancias de su hermano mayor el Dr. Lizardo Velazco y a costa y con pasajes pagados por le, quien la acogió

en su casa con el cariño fraternal y la benevolencia propia de su comprobada bondad, sustentándola desde entonces y atendiendo todas sus necesidades, lo que consecuente y lógicamente le señalaba la obligación moral de prevenir y respaldar su vida y porvenir hasta sus últimos días, ya que ella es una anciana en la imposibilidad de proveerse por sí propia de recursos para vivir y lo era ya en 1948, en que falleció don Lizardo; sin embargo, y aunque extraño y en desacuerdo con su bondad característica y virtudes, cualidades comprobadas suficientemente en estos autos, no resulta ilegal dentro de las disposiciones de nuestra legislación civil, el que no la hubiera instituido heredera o legataria en su testamento que otorgó en mayo de 1944, fs. 94 y de cuya nulidad es materia este juicio, o que hubiera previsto posteriormente y en los años corridos desde entonces hasta su fallecimiento en 8 de marzo de 1948 en que conservaba lúcidas sus facultades mentales la situación de falencia completa en la que a su desaparición quedaba su anciana hermana que no tenía más apoyo, ni más recursos que los que él le proporcionaba para la vida.

Pero si todo ello justifica la angustia de esta señora que sin duda ha sido el motivo que la indujo a iniciar este juicio sobre nulidad de testamento, tal situación no justifica la acción misma, ya que la ley no la señala como causa de nulidad de un testamento en el que no se considere como heredera a una hermana que no es heredera forzosa sino meramente voluntaria.

Por lo demás y en cuanto a las razones de carácter legal que se aducen en la demanda de fs. 2 para fundar la acción de nulidad del testamento, saber, la incapacidad relativa del testador y el error, intimidación y violencia ejercitadas sobre él en el otorgamiento del testamento, causales previstas en los incisos 1o. y 2o. del Art. 1125 del C.C., no se han acreditado en forma alguna y lejos de ello, las declaraciones de los testigos testamentarios y del notario, prueba de excepción por la solvencia y calidad de las personas, reforzadas por el hecho evidente de que al otorgar el testamento, y aún hasta tres años después se encontraba en normales y lúcidas condiciones mentales, como lo acredita el hecho de haber informado como abogado ante la Corte Superior en 19 de noviembre de 1947 según se ve de la publicación de "El Peruano" agregado a fs. 261.

Para concluir y aunque parezca impertinente al caso, estimo procedente anotar la espontánea afirmación que la parte demandada hace en su escrito de fs. 285, sobre que el testador Dr. Lizardo Velazco, que nada había dispuesto en su testamento en favor de su hermana doña Victoria, encargó

como mandato de última voluntad a su heredera doña Rosa Velazco de Gilardi, la demandada ahora, la auxiliara y sustentara con cuyo motivo y cumpliendo su voluntad la mantiene en el departamento principal del inmueble de "Azángaro", donde vive y donde la tiene rodeada de toda clase de comodidades, con lo que cumple no sólo deber de carácter moral, sino obligación impuesta por su tío el testador y benefactor que la hizo heredera universal de sus bienes.

Por lo expuesto y por las razones que sustentan la sentencia de la 1a. Instancia de fs. 269 que declara infundada y sin costas la demanda de fs. 2, opino por que procede declararse la NO NULIDAD de la sentencia recurrida de fs. 287, que la confirma.

Lima, 28 de febrero de 1951.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinte de abril de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientos ochentisiete, su fecha veintiséis de octubre del año último, que confirmando la de primera instancia de fojas doscientos vinetinueve, su fecha once de julio del mismo año, declara infundada la demanda de fojas dos, interpuesta por doña Victoria Velazco viuda de Chambers en los seguidos con doña Rosa de Gilardi sobre nulidad de testamento; sin costas; y los devolvieron.

Zavala Loaiza.— Frisancho.— Láinez Lozada.— Cox.— Sayán. Se publicó conforme a ley.— Francisco Velasco Gallo, Secretario.

R. de. F.— 1953; p. 585

V, 25) *La sola prueba testimonial, sin informe de peritos o médicos psiquiatras, no es suficiente para anular un testamento que se aduce fue suscrito por quien sufría transtornos mentales.*

Causa No. 165 de 1952.— Procede de Tacna.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En el presente juicio seguido por don Manuel Espinoza con do Florencio Francisco y otros, sobre nulidad de escritura y testamento, por autos de fs. 537 vta., se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por don Florencio Franco contra la sentencia de vista de fs. 535 que confirmando la de Primera Instancia de fs. 516 declara fundada la demanda de fs. 9 y su ampliación de fs. 318.

Por testamento otorgado, en escritura pública, cuyo testimonio corre a fs. 503, don Rosario Espinoza instituyó como su heredero al demandante don Manuel Espinoza, a quien por la cláusula sexta le deja la casa y demás bienes que en dicha cláusula se especifican; este testamento tiene fecha 13 de diciembre de 1934; pero posteriormente y según aparece del documento de fs. 489 el nombrado testador otorgó un nuevo testamento privado anulando el anterior y conforme al cual don Manuel Espinoza queda privado de la mayor parte de los bienes que se le dejaba por el anterior. Con las declaraciones testimoniales y demás pruebas que obra en autos se ha acreditado que don José R. Espinoza era, económicamente, persona acomodada y que desde dos años antes de su fallecimiento, padeció de tuberculosis pulmonar, enfermedad que en los últimos meses anteriores a su muerte se agravó haciéndole padecer, a don José R. Espinoza, fuertes crisis mentales, las que fueron más agudas en los últimos días de su vida y como las ventas y testamento cuya nulidad se ha demandado, se otorgaron por don José R. Espinoza cuando no se hallaba en pleno dominio de sus facultades mentales, tales actos más que simulados son fraguados, por lo cual hay que tener en cuenta, además, que dichas escrituras no han sido firmadas por el mismo Espinoza sino por un tercero a su ruego; por lo que, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 1o. del Art. 1123 del C.C. debe declararse fundada la demanda.

Por las consideraciones expuestas y por los fundamentos de la sentencia de vista, opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido, salvo mejor parecer.

Lima, 20 de octubre de 1952.

García Arrese.

Lima, veintiocho de setiembre de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal, y considerando: que la prueba consistente en las declaraciones de fojas cuatrocientas, cuatrocientas vuelta, cuatrocientas una, cuatrocientas seis, cuatrocientas ocho vuelta y cuatrocientas veinticnco no son suficientes para establecer la simulación o fraude invocados por el demandante para obtener la anulación de los instrumentos públicos de fojas quinientas siete y fojas quinientas once; y que en cuanto a la incapacidad del testador don José R. Espinoza fundada en su absoluta falta de discernimiento por aplicación de lo que dispone el inciso primero del artículo mil ciento veintitrés y el inciso segundo del artículo noveno del Código Civil, no existe en autos prueba alguna que pueda justificar dicha causal absoluta de incapacidad, porque éste habría requerido prueba pericial en forma que estableciera esa incapacidad, siendo inaceptable la prueba testimonial actuada en sustitución de aquella otra y que además adolece de vaguedad e imprecisión respecto de los hechos que por ella traten de esclarecerse en favor de la impugnación de nulidad que se deduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas quinientas treinticinco, su fecha dos de enero de mil novecientos cincuentidós, que confirmando la apelada de fojas quinientas dieciséis, su fecha cinco de setiembre de mil novecientos cincuentiuno, declara fundadas las demandas de nulidad de escrituras y de testamento interpuestas a fojas nueve y fojas trescientas dieciocho por don Manuel A. Espinoza contra don Florencio Franco y otros; reformando la primera y revocando la segunda declararon infundadas dichas acciones; sin costas; y los devolvieron.— Sayán Alvarez.— Checa.— Maguiña.— Valverde.— Serpa.— Se publicó conforme a ley.— D. Ojeda del Arco.— Secretario.

A. J.— 1941; p. 37

V,26) *Es nulo el testamento suscrito por impedimento físico del testador por quien no aparece como testigo testamentario.*

Recurso nulidad interpuesto por doña Elisa Ericochea en la causa que sigue con doña Remigia Quintana, sobre nulidad de testamento.— Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En el testamento del que fue ingeniero Dn. Nicolás Quintana no se han observado las formalidades requeridas para su validez.

Ha sido suscrito según se dice por impedimento físico del testador, por quien no aparece como testigo testamentario, con infracción de lo que dispone el artículo 658 inciso 8o. del C.C. vigente entonces. Esto basta para que aquel acto no tenga existencia legal.

Carece por lo tanto de objeto estudiar el aspecto de la demanda respecto a su falsedad.

En tal sentido, no hay nulidad en la sentencia recurrida, que declara nulo dicho testamento.

Lima, 15 de noviembre de 1940.

Araujo Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 15 de diciembre de 1941.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 341, su fecha 11 de enero de 1940, que revocando la de primera instancia de fjs. 270, su fecha 22 de junio anterior, declara fundadas las demandas de fjs. 2, 180 y 202, interpuestas por doña Remigia Aliga vda. de Quintana, don Grimaldo Nicanor Quintana y don Erasmo Aliaga Vivar, respectivamente, y nulo y falso el testamento que en copia corre a fjs. 18, con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Zavala Loaiza.— Barreto.— Valdivia.— Ballón.— Pastor.

Se publicó conforme a ley.

A. Eguren Bresani. Secretario.

Cuaderno No. 137.— Año 1940.

R.J.P.– 1953; p. 164
TESTAMENTO.– Ológrafo.

V,27) *No se puede declarar la nulidad de un testamento ológrafo dentro del procedimiento de su protocolización, si han quedado cumplidas las diligencias destinadas a llenar el objeto de que constituye la última voluntad de la testadora y sin que pueda hacerse lugar a la alegación de que en dicho instrumento se dispone por su otorgante de bienes que no le pertenecen.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1438/50.– Procede de Tacna.

El 9 de diciembre de 1948, en la ciudad de Moquegua, hallándose en el pleno uso de sus facultades mentales y físicas, doña Julia Elena Rodríguez Lima, mayor de dad, dispuso de todos sus bienes para después de su muerte declarando que no tenía herederos forzosos e instituyendo como legatarios a las distintas personas e instituciones religiosas que indica con las distintas modalidades que concretamente se especfician. La partida de fojas 3 acredita que el 7 de junio de 1950, a los setenticuatro años de edad falleció doña Julia Elena, por lo que, a los seis días, su albacea testamentario, don Herbert de la Flor, dando cumplimiento a las prescripciones legales, se presentó ante el Juez del lugar con sujeción al numeral 695 del C.C. y se procedió a recibir las declaraciones de los cuatro testigos ofrecidos, concurriendo a la diligencia los interesados, don Isauro Rodríguez, doña Sixta Barrera y el Agente Fiscal, doctor Adolfo Gómez, que no asistió, a pesar de haber sido citado. Realizada la diligencia con el resultado que aparece del acta de fs. 6 vuelta, en que se deja constancia que los testigos no tienen ningún impedimento para serlo y que conocieron a la testadora, don Isauro Rodríguez se opuso a la protocolización alegando su nulidad por ser infractorio de disposiciones legales que no cita expresamente y por haberse dispuesto, además, de bienes ajenos.

Concurriendo los requisitos que en su primera parte exige el art. 694 del C.C., el Juez, de conformidad con lo dictaminado por el Agente Fiscal, dictó la resolución de fs. 9 vuelta declarando que lo que se lee en el testamento ológrafo de fs. 1 y 2 constituye la última voluntad de la finada Julia Elena Rodríguez Lira y ordenó su protocolización en la Notaría Pública de

Moquegua, dejándose a salvo el derecho de don Isauro Rodríguez para que lo ejercite en la vía que la ley franquea. Apelada la sentencia de fs. 11, la Corte Superior de Tacna, de conformidad con lo dictaminado por su señor Fiscal, a fs. 21, confirma la resolución de primera instancia.

Don Isauro Rodríguez interpuso recurso de nulidad.

Se han cumplido las exigencias de la ley para casos como el ocurrido. Personas solventes del lugar que tuvieron motivos para conocer personalmente a la testadora han declarado bajo fe del juramento que reconocen su letra y su firma estampada al pie de su memoria testamentaria. El fundamento invocado por don Isauro Rodríguez en la diligencia de fojas 6 es extraño a la diligencia misma que tiene una finalidad concreta que se ha cumplido. El mejor derecho a los bienes legados —que parece referirse a todos ellos— debe acreditarse dentro de la acción ordinaria que se dice ya instaurada. Entre tanto, nada puede en este caso impedir que se tenga como testamento el que se manda protocolizar.

NO HAY NULIDAD en la resolución recurrida.

Lima, 5 de noviembre de 1951.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dieciséis de noviembre de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas veintiuna, su fecha treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta que confirmando el de primera instancia de fojas nueve vuelta, su fecha cinco de julio del mismo año, declara que el contenido del testamento ológrafo de fojas una, es la expresión de última voluntad de doña Elena Rodríguez Lira y ordena la protocolización de dicho testamento; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso y los devolvieron.

Zavala Loayza.— Frisancho.— Laines Lozada.— Cox.— Eguiguren.

Se publicó.— Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

R.J.P.— 1964; p. 121

NULIDAD DE CLAUSULA TESTAMENTARIA.— Incapacidad alegada.— Tercio de libre disposición.

V,28) *Habiéndose probado que el causante otorgó su testamento en completa lucidez mental, distribuyendo sus bienes según los mandatos de la ley, y que la voluntad del testador ha sido la de emplear únicamente el tercio de libre disposición a favor de sus hijos con la limitación que aparece en una de las cláusulas del testamento que otorgara, es infundada la demanda sobre nulidad del mismo.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El 4o. Juzgado en lo Civil de Lima, por sentencia de fs. 231, ha declarado fundada en parte, la demanda interpuesta por don Manuel Aspiazú Saco y otros, sobre nulidad de testamento y otro. Apelada dicha sentencia, el Tribunal Superior, por la vista de fs. 258 la revocó, en la parte que declara fundada la nulidad de la cláusula testamentaria, la que declaró infundada, y la confirmó en todo lo demás, esto es que, se declara infundada la demanda, en todas sus partes.

Contra esta resolución, se ha interpuesto recurso de nulidad. Aparece de lo actuado que, por recurso de fs. I, don Manuel Aspiazú Saco, por intermedio de apoderado, interpone demanda contra don Rufino Aspiazú Báscones, contra doña María Aspiazú de Carrillo, contra don Rufino Aspiazú Saco, don Luis Guillermo Aspiazú Saco, contra los herederos de don Javier Aspiazú Saco, menores Ana, Ada, Luis, Alejandro, Jaime y Jorge Báscones de Sarmiento, representados los menores, por su padre don Alejandro Báscones, para que, en su oportunidad, se declare la nulidad y falsedad del testamento, otorgado en sobre cerrado, por don Juan Manuel Aspiazú Báscones, con fecha 12 de marzo de 1956, que ha sido protocolizado ante el Notario Enrique Costa Sáenz, por orden del 4o. Juzgado Civil de Lima, actuario, de los Ríos, fundándola en que, para que el causante otorgue dicho testamento, se ha logrado violentar su voluntad y se ha procedido condolo y engaño, ya que, el causante, en el momento de su otorgamiento, estaba en incapacidad absoluta, debido a su grave dolencia que le aquejaba y, de manera especial las cláusulas 4a. y 5a. que son contrarias a la ley y contra la moral.

El albacea testamentario, don Rufino Aspiazú, por su recurso de fojas 5, negó y contradijo la acción, en todas sus partes; por su recurso de fs. 27, don Rufino Aspiazú Saco, niega la demanda, y por recurso de fs. 39, doña

María Dolores Aspiazú de Carrillo, negó y contradijo la acción en todas sus partes; y por autos de foja 30 y 35, se dio por contestada la demanda, en rebeldía de los demás demandados.— Apreciando la prueba actuada, es de advertir que, con la partida de defunción, copiada en testimonio a fojas 126, ha quedado probado que, el testamento cerrado, otorgado por don Manuel Aspiazú Báscones; y, con el referido testimonio de escritura pública de fs. 126, ha quedado probado que, el testamento cerrado, otorgado por don Manuel Aspiazú Báscones, el 12 de Marzo de 1956, debidamente protocolizado, ha sido otorgado, observándose todas las formalidades legales, por lo que, los vicios de violencia, dolo, engaño, alegados por la parte actora, no han sido acreditados en forma alguna. Tampoco se ha probado que, el testador en la época de otorgar el testamento haya estado en absoluta incapacidad de discernir, ya que, las declaraciones del Notario Costa Sánez a fs. 97, y de los médicos, doctores Luis Pinillos y Francisco García, a fs. 86 vta. y 87, manifiestan que el testador, disfrutaba, en la época del otorgamiento de su testamento, de completa lucidez mental y de toda libertad. En cuanto a la disposición contenida en las cláusulas 4o. y 5o. de su referido testamento, en autos, no se ha probado que el causante, haya hecho una distribución de sus bienes en forma contraria a la ley y a la moral, pues, al contrario, ciñéndose a los expresos mandatos de la ley, ha procedido a tal distribución, ya que ha hecho uso de su facultad para distribuir el tercio de libre disposición de sus bienes, en favor de extraña, para lo que también le facultaba la ley. Ha respecto el tercio de la legítima y el de las mejoras, por lo que, no hay ningún vicio o infracción legal que pueda invalidar el citado testamento.

En tales condiciones, este Ministerio es de opinión que, se declare NO HABER NULIDAD en la recurrida que, revocando, en parte de la apelada, declara infundada la demanda de fs. 1, en toda sus partes.

Lima, 25 de Mayo de 1964.

Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 6 de Junio de 1964.

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal; y considerando: que la incapacidad del testador y el dolo y la violencia ejercidas sobre él, causales en que se funda la demanda de nulidad del testamento de

don Juan Manuel Aspiazú Báscones, no han sido probadas; que en consecuencia, corresponde analizar si por las cláusulas cuarta y quinta de dicho testamento el testador ha designado acumulándolos, el tercio de libre disposición y el tercio de mejoras en favor de sus hijos Rufino, María Dolores y Luis Guillermo; por el examen coordinado de las dos mencionadas cláusulas se aprecia que en la primera de ambas el testador expresa "en ejercicio de la facultad que me confiere la ley dispongo del tercio de libre disposición en favor de mis hijos", para agregar en la cláusula quinta y sin hacer ninguna referencia al tercio de mejoras "en ejercicio de semejante facultad legal mejoro a mis tres mencionados hijos... en el máximun que permite la ley" especificando que a cada uno de los mismos otorga el doble de la legítima que corresponda a los hijos no mejorados; y que en esta virtud resulta evidente que la voluntad del testador ha sido la de emplear únicamente el tercio de libre disposición a favor de tres de sus hijos con la limitación que señala en la referida cláusula quinta: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas 258, su fecha 7 de enero del presente año, en cuanto revocando la apelada de fojs 231, su fecha 20 de Mayo de 1963, declara que el testador ha dispuesto del tercio de libre disposición y del tercio de mejoras en favor de sus hijos Rufino Aspiazú, María Dolores Aspiazú de Carrillo y Luis Guillermo Aspiazú; reformando la recurrida y revocando la apelada en este extremo: declararon que dichos herederos sólo están beneficiados con el tercio de libre disposición en la proporción y en el límite que señala el testador; declararon NO HABER NULIDAD en la recurrida en la parte que confirmando la de primera instancia declara infundada la demanda respecto a la nulidad del testamento por incapacidad del testador, dolo, engaño y violencia, interpuesta a fojas una por don Manuel Aspiazú Saco y otros contra don Rufino Aspiazú y otros; sin costas; y los devolvieron.– SAYAN ALVAREZ.– TELLO VELEZ.– VIVANCO MUJICA.– ALARCON.– MEDINA PINON.

A. J.– 1958; p. 15

V, 29) *Es nulo el testamento en que intervienen testigos que no acompañaron a la testadora en el momento de su redacción y otorgamiento, y que además aparece extendido cuando ésta se encontraba gravemente enferma, en estado de no poder expresar su voluntad.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En el presente juicio seguido por don Antonio Raffo de la Cadena con doña Lastenia Raffo de la Cadena y otros, sobre nulidad de testamento, por auto de fojas 256 vta. se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia de vista de fojas 254, que confirmando la de Primera Instancia de fojas 219, declara infundada la demanda de fojas una; con los demás que contiene.

La sentencia recurrida está arreglada a ley y al mérito de lo actuado, pues el actor don Antonio Raffo de la Cadena a fojas una demanda la nulidad del testamento otorgado por doña Zoila Aurora de la Cadena viuda de Raffo, por escritura pública de veinte de junio de 1956, fundándose en que la testadora, se encontraba privada de sus facultades físicas e intelectuales en la fecha en que se otorgó dicho testamento, por la enfermedad que padecía y por su avanzada edad; pero no ha probado en modo alguno tal alegación y por el contrario, del propio texto del instrumento público impugnado, aparecd que la testadora se encontraba en perfecto uso de sus facultades, lo que resulta corroborado por las declaraciones testimoniales de los doctores Elisbán García y Víctor Villagarcía de fojas 18 y fojas 58. El demandante tampoco ha probado que el citado testamento se fraguó como lo alega en su demanda, ni que se haya violado al otorgarse ninguna de las formalidades exigidas por la ley para su validez; por lo que, no adoleciendo de causal de nulidad que lo invalide, debe surtir todos sus efectos, de acuerdo con la última voluntad de la testadora, debiendo por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 338 del C. de P.C. declararse infundada la demanda incoada a fojas una.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la recurrida, opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, 26 de mayo de 1958.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintitrés de julio de mil novecientos cincuentiocho.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que de las tres personas que aparecen como testigos testamentarios y cuyo testimonio ha

sido ofrecido a fojas nueve por la demandada doña Lastenia Raffo de la Cadena de Cabrera Aguilar, el testigo Francisco Oller Planas manifiesta en su declaración corriente a fojas treintinueve, no haber conocido a la testadora, no haber estado presente en el acto de otorgarse el testamento, y no ser cierto, por consiguiente, que doña Zoila Aurora de la Cadena viuda de Raffo le hubiese solicitado servirle de testigo para testar; que otro de dichos testigos, Humberto Canelo Almeyda, al contestar a fojas treinticuatro vuelta la cuarta pregunta del interrogatorio de fojas treinticuatro, dice haber llegado ocasionalmente a casa de la testadora viuda de Raffo en busca del Notario don Gustavo Echevarría Leguía "para consultarle sobre determinado asunto", siendo entonces "que la empleada de la señora Zoila Aurora de Raffo, a nombre de ésta le solicitó para que sirviera de testigo de su testamento"; que el tercero de dichos testigos, Oswaldo Chumbiauca Magallanes, contestando a fojas cuarentiocho vuelta la cuarta pregunta del interrogatorio de fojas cuarentiocho, formulado por la demandada, expresa que "la señora de Raffo, al llérsele cada claúsula, daba su asentimiento moviendo la cabeza", que la antedicha respuesta del testigo Chumbiauca, persuade, relacionándola con las declaraciones de los médicos tratantes de la señora viuda de Raffo, doctor Elisbán Neptalí García Herrera y doctor Víctor Villagarcía, que la testadora pudo no haber estado en los momentos de testar, en aptitud de expresar por sí misma su voluntad; que del testamento no consta que la testadora no haya leído clara y distintamente o de alguna otra manera, o que lo hubiese hecho persona elegida por ella, a efecto de que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se averiguase, viéndola y oyéndola, si su contenido era la expresión de su voluntad; que las referidas omisiones que aparecen del propio instrumento, como es de verse de la copia certificada de fojas ciento cincuentidós, producen su nulidad, a tenor de lo que preceptúa el artículo cuatrocientos cuatro del Código de Procedimientos Civiles; que así mismo, la circunstancia de no haberse nombrado a los testigos en la introducción del testamento sino al final, confiere veracidad a la declaración de Francisco Oller Planas, ya glosada en esta resolución, resultando, como consecuencia, que el testador, los testigos y el Notario no han firmado el testamento en el mismo acto, privándolo así de su indispensable unidad; que no habiéndose hecho constar en el testamento las solemnidades preceptuadas en los incisos segundo, cuarto y quinto del artículo seiscientos ochentisiete del Código Civil, la falta de esas formalidades esenciales no puede ser suplida por las

declaraciones posteriores de los testigos instrumentales Canelo y Chumbiauca, porque ello importaría dar validez a un acto que la ley declara nulo por falta de dichas solemnidades: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientas cincuentisiete, confirmatoria de la apelada de fojas doscientas diecinueve, su fecha veintiuno de setiembre del mismo año; reformando la primera y revocando la segunda: declararon fundada la demanda interpuesta por don Antonio Raffo de la Cadena en su escrito de fojas una, y sin valor ni efecto el testamento otorgado por doña Zoila Aurora de la Cadena viuda de Raffo; sin costas; y los devolvieron.– BUSTAMENTE CISNEROS.– GARMENDIA.– ALVA.– TELLO VELEZ.– VALDEZ TUDELA.– Se publicó conforme a ley.– Walter Ortiz Acha.– Secretario.

Causa No. 84/58.– Procede de Ica.

R.J.P.– 1958; p. 176

NULIDAD DE TESTAMENTO.– Falsificación.

V,30) *Es nulo el testamento otorgado por escritura pública si se acredita que las hojas de los Registros del Notario donde aparece extendido, no siguen el orden correlativo correspondiente; que en ellas se ha falsificado la rúbrica del Juez que los legalizó y que además presentan huellas visibles de saber sido objeto de maniobras dolosas.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 325/56.– Procede de Lima.

Señor:

A fojas 3 Lorenzo Olguín Sotero, por su propio derecho y en representación de Wenceslao y Vicenta Olguín Sotero, de Heriberto Olguín Liza, de Carmen Olguín Sotero, de Gertudis Olguín Liza, manifiesta que en el procedimiento que inició ante el Juez de la Instancia de Trujillo para que se declarara el fallecimiento intestado de su tío Wencelaso Olguín Salavarria que murió en un accidente de aviación el 18 de setiembre de 1944 en el valle de Chao, provincia de Trujillo, Genoveva Barrantes de Torres Calderón con el objeto de cortar ese procedimiento, presentó el testimonio de un testamento que decía haber otorgado el finado Olguín Salavarria, ante el Notario de Lima

Artemio U. Montoya, con fecha 15 de setiembre de 1938, en el instituía como únicos y universales herederos al doctor Oscar Malca Olguín, su sobrino carnal, y a la propia Genoveva Barrantes de Torres Calderón; disponía a título de legado de diferente sumas de dinero a favor del Colegio de Niñas "Modesto Blanco" de Trujillo, de la Sociedad de Auxilios Mutuos del Carmen de Trujillo, del Asilo de Ancianos Desamparados, de Trujillo, de Obdulio y Juan Miranda Pérez, y a favor de todos los hijos de sus hermanos, o sea, sus primos Carlos Manuel Córdova Olguín, Francisco Jara Sotero, Manuel Jara Sotero, doctor Oscar Malca Olguín, Grimanesa Ascoy Olguín, Cristina Adelaida Arévalo Olguín Sotero. Agrega que en el indicado testamento se nombra como albaceas a los mismos herederos. Que como en realidad el dicho testamento no fue otorgado por su finado tío, se ve obligado a interponer demanda contra los herederos y legatarios designados en el mismo testamento, y contra sus primos antes mencionados, cuya representación no ejerce, para que se declare falso y sin ningún valor dicho testamento. Que su título y el de sus poderdantes es el de herederos, con sujeción al artículo 771 del C.C. por ser ellos y sus citados primos los parientes más próximos del finado.

Admitida la demanda, a fojas 10 se allanan a ella Manuel Jara Sotero, Francisco Jara Sotero y Elvira Jara, que convienen en la nulidad a que la acción se contrae; a fojas 219 se allanan Adelaida Arévalo Olguín de Dávalos, Grimanesa Ascoy Olguín y Carlos Córdova Olguín. A fojas 25 sale a juicio la Sociedad de Beneficencia Pública de Trujillo, que sostiene la validez del testamento. A fojas 17, en rebeldía de Obdulio MIranda Pérez, de Juan Miranda Pérez, de la Sociedad de Auxilios Mutuos del Carmen, de Trujillo, de Genoveva Barrantes de Torres Calderón y del doctor Oscar Malca Olguín, se dio por contestada la demanda; que a fojas 16 se dio por contestada la demanda en rebeldía del Colegio de Niñas "Modesto Blanco" de Trujillo y del Asilo de Ancianos, de Trujillo, recibiéndose la causa a prueba, ofreciéndose y actuándose la que examina el Juez en su sentencia de fojas 367, en la que por sus exhaustivos consideramos, falla, declarando fundada, en todas sus partes, la demanda de fojas 3; fundadas las oposiciones de fojas 345 y 346 al reconocimiento solicitado por Genoveva Barrantes de Torres Calderón en el otrosí de su escrito de fojas 340; infundada la nulidad de actuados promovida por Genoveva Barrantes de Torres Calderón a fojas 3 del incidente respectivo, y en consecuencia, que el instrumento que corre de fojas 1,749 a fojas 1,750

vuelta, del protocolo de escrituras públicas del Notario Artemio U. Montoya, correspondiente al bienio 1937-1938, su fecha 15 de setiembre de 1938, es suplantado por haberse sustraído del Registro las fojas legítimas de esta numeración, haberse colocado otras en su reemplazo conteniendo el falso testamento falsicándose en ellas la rúbrica del señor Juez que legalizaba los Registros, siendo el testamento en ellas contenido y cuyo otorgamiento se atribuye a Wenceslao Olguín Salavarria, falso y nulo ipso jure; con costas, y ejecutoriada que sea la sentencia, se manda oficiar al Juez Instructor del Primer Juzgado a fin de que proceda de acuerdo con lo resuelto en la Ejecutoria Suprema de fojas 11 del incidente respectivo.

Apelada la sentencia por la parte de Genoveva Barrantes de Torres Calderón, fs. 394, del doctor Oscar Malca Olguín, fs. 395, y a fs. 397 por el apoderado de la Sociedad de Beneficencia Pública de Trujillo, la Segunda Sala de esta Corte Superior, después de evacuado el dictamen de su señor Fiscal a fojas 407, por auto de vista de fojas 440, declaró nula la sentencia de fojas 376 y mandó que el Juez procediera a nuevo pronunciamiento, lo que motivó el recurso de nulidad interpuesto a fojas 445 por el apoderado de Lorenzo Olguín y otros.

La Corte Suprema, por Ejecotira de 2 de agosto de 1955, copiada a fojas 465 declaró nula la resolución de vista y mandó que la Corte Superior de Lima absolviera el grado, confirmando o revocando la de Primera Instancia.

La Segunda Sala, en discordia, con el voto singular del Vocal Señor Portocarrero agregado a fojas 480, con los acompañados y pedidos, por las razones que invoca como fundamento, declaró infundadas las nulidades deducidas a fojas 403, 443, 472, 476 y 477 deducidas en Segunda Instancia y confirmó la sentencia en fojas 376 que declara fundada en todas sus partes la demanda de fojas 3, con lo demás que resuelve.

Es de advertir que el certificado expedido a fojas 470 vuelta por el Investigador Vigil Rodríguez, se ha otorgado en la misma fecha en que se pide y por referencias de partes interesada se dice que Obdulio Miranda Pérez reside desde 1924 en la ciudad de Trenton (EE.UU.) y que se ha nacionalizado ciudadano americano. En los cuarentiún consideramos de la sentencia se ha examinado detenidamente toda la prueba llegándose a comprobar en forma definitiva que se ha falsificado el testamento a que se contrae la demanda de foja 3, llegando a falsificarse la firma del entonces Juez de Primera Instancia de Lima, doctor Ricardo Bustamante Cisneros, que ha

negado ser suya la rúbrica que se le atribuye. A mayor abundamiento, los dictámenes periciales de fojas 249 y 264 del expediente, y los dictámenes de fojas 13, 17 vuelta, y 21 de la instrucción traída a despacho, evidencian que se trata de una suplantación de instrumentos, pues, las mismas fojas que contiene el supuesto testamento presentan huellas visibles de haber sido objeto maniobras dolorosas, que, como concluyen los peritos, se advierten a simple vista.

Es tan grosera la falsificación, que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil. Esa nulidad insanable ha sido declarada por esta Corte Superior de conformidad con lo dictaminado por su señor Fiscal.

En mi concepto, lo resuelto es legal. Si la Corte Suprema fuera del mismo parecer, que ha de servir declarar que NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista que motiva el recurso.

Lima, 13 de octubre de 1956.

García arrese

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinte de setiembre de mil novecientos cincuentisiete.

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del Señor Fiscal, por sus fundamentos y considerando: que conforme aparece de la partida de defunción que obra a fojas cien de la instrucción acompañada, el Notario don Artemio Montoya ante quien aparece otorgando el testamento cuya falsedad es materia del juicio, falleció el catorce de junio de mil novecientos cuarentiocho, por lo que, y estando además al tiempo transcurrido desde la fecha del mencionado instrumento, carece de objeto llevar adelante el mandato a que se contrae la última parte de la resolución recurrida: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuatrocientos setentinueve, su fecha cinco de abril de mil novecientos cincuentiséis que confirmando la apelada de fojas trescientas setentiséis, su fecha catorce de julio de mil novecientos cincuenticuatro, declara fundada la demanda interpuesta a fojas tres por don Lorenzo Olguín Sotero y otros contra doña Genoveva Barrantes de Torres Calderón y otros y en consecuencia que es nulo el instrumento que corre de fojas mil setecientas cuarentinueve a fojas mil setecientas cincuenta vuelta del protocolo de escrituras públicas del Notario don Artemio Montoya correspondiente al bienio mil

novecientos treintisiete-mil novecientos treintiocho; con lo demás que contiene; declararon nula la sentencia de vista e INSUBSISTENTE la de Primera Instancia en la parte que disponen se oficie al Juez Instructor para que proceda de acuerdo con lo resuelto en la Ejecutoria Suprema de fojas once del incidente respectivo; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– GARMENDIA.– MAGUIÑA SUERO.– ALVA.– LENGUA.– CEBREROS.– Se publicó.– Walter Ortiz Acha. Secretario.

R.J.P.– 1950; p. 181.

NULIDAD DE TESTAMENTO.– Art. 734 del C.C.

V,31) *Es nulo el procedimiento sobre nulidad de testamento si sólo se citó con la demanda al albacea, omitiéndose hacerlo con los herederos instituidos.*

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 739/949.– Procede de Lima.

Señor: Si es verdad que según lo dispone el art. 734 del Cód. Civil, el albacea está obligado a sostener la validez del testamento en el juicio de impugnación que se promueva, lo que justifica la intervención en este litigio sobre nulidad de testamento de don José Mercedes García Palomino, cuya copia corre a fs. 1, del albacea de él don Carlos Antonio Pighi, pero ello no excluye la participación que necesariamente debe darse en el juicio a los herederos universales que se instituyen y con el carácter de tales en el testamento que se trata de anular, que son don Benjamín, don José, doña Victoria, doña Elvira y doña Laura Tello García, ya que es evidente y manifiesto el interés que tiene, más directo aún que el mismo albacea demandado, de sostener la validez del testamento impugnado.

Pero como sin embargo de esto la demanda de fs. 4 de don Pablo García Medrano, quien afirmando ser hijo legítimo del testador, deduce la nulidad del testamento por habérsele preterido en él, es dirigida sólo contra el albacea y no contra los nombrados herederos instituidos, habiéndose seguido el juicio con exclusión de éstos, tal demanda no puede prosperar con tan saltante

omisión, así como no puede subsistir el procedimiento ni la sentencia de Primera Instancia expedida a fs. 88 que se pronuncia sobre el fondo del asunto, más aún cuando ella declara la nulidad y caducidad de ese testamento, otorgado en favor de quienes no han sido demandados.

La anotada omisión en que se ha incurrido y la jurisprudencia reiterada y uniforme de los Tribunales de Justicia que establece que el Juez debe mandar entender el traslado de la demanda con todas las personas que tengan interés en el juicio, aun cuando no hayan sido expresamente demandadas, si del propio escrito de demanda y de la naturaleza de la acción aparecen con interés directo en el pleito, siendo nulo el procedimiento seguido con esta omisión, justifican en el caso de autos la resolución superior recurrida de fs. 105 que declara insubsistente la refereida sentencia de Primera Instancia y la nulidad de todo lo actuado, mandando citarse con la demanda a más del albacea Pighi a los herederos testamentarios nombrados; por lo que opino procede declararse su NO NULIDAD.

Lima, 6 de octubre de 1949.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, doce de noviembre de mil novecientos cuarentinueve.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas ciento cinco, su fecha once de julio del presente año, que declara insubsistente la sentencia de primera instancia de fojas ochentiocho, su fecha diecinueve de mayo del año próximo pasado, así como todo lo actuado desde fojas cinco, a cuyo estado repone los seguidos por don Pablo García con don Carlos Pighi, sobre nulidad de testamento, para que se cite también con la demanda a los herederos testamentarios de don José M. García Palomino: condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Fuentes Aragón.— Cox.— Checa.— Pinto.— León y León.

Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García. Secretario.

R.J.P.— 1955; p. 2079

TESTAMENTO.— Su caducidad y nulidad.

V,32) *Es nula la cláusula testamentaria que considera, en su totalidad, bien, propio del testador aquel que comprado antes de su*

matrimonio fue pagado parcialmente con dinero proveniente de la sociedad legal.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 465/54.– Procede de Arequipa.

Señor:

En estos procesos acumulados, seguidos por doña Sofía Pucho viuda de Polanco y otros con doña Victoria Polanco y otros, sobre nulidad de cláusulas testamentarias y exclusión de bienes, por auto de fs. 375 se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por don Benjamín Villavivencio y otros contra la sentencia de vista de fs. 371, que confirmando la de Primera Instancia de fs. 328, declara fundada en parte las demandas de fs. 1 y de fs. 49.

Los demandantes con la prueba actuada, han acreditado que cuando falleció doña Concepción Corrales, primera esposa de don Aurelio Polanco Mollo, no quedó ningún negocio de los indicados por el testador, en la cláusula séptima del testamento que corre a fs. 1 del cuaderno de inventarios acompañado; además, han probado los actores que la casa ubicada en la calle Arequipa, de Tiabaya, sólo es en parte bien propio del testador don Aurelio Polanco, ya que si bien es cierto que la citada casa la compró el testador antes de casarse con doña Sofía Pucho, también es verdad que se ha probado que el precio del referido inmueble se terminó de pagar cuando ya estaba casado con doña Sofía Pucho y que el citado bien, que sólo tenía dos habitaciones, fue durante este último matrimonio, ampliado con las nuevas habitaciones que se construyeron, con el caudal común; por lo que, procede declarar nula la cláusula septima del indicado testamento y parcialmente nula la cláusula octava del mismo, en cuanto comprende la parte del inmueble construido durante la vigencia de la sociedad legal Polanco-Pucho. Las cláusulas décima cuarta y décima quinta del referido testamento, también deben declararse parcialmente nulas, pues se ha probado suficientemente, que los bienes indicados en ellas, corresponden en un 50°/o a doña Sofía viuda de Polanco, en su condición de cónyuge sobreviviente. Igualmente es nula la cláusula once, pues perjudica los derechos del cónyuge sobreviviente y de los hijos del segundo matrimonio.

Por lo expuesto y los fundamentos de la sentencia de vista, opino que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido, en la parte materia del recurso.

Lima, 31 de agosto de 1954.

García Arrese

RESOLUCION SUPREMA

Lima, quince de octubre de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas trescientas setentiuna, su fecha veintiuno de abril último, que confirmando la apelada de fojas trescientas veintiocho, su fecha nueve de enero de mil novecientos cincuentidós, declara fundadas en parte las demandas interpuestas a fojas una y fojas cuarentinueve por doña Sofía Pucho viuda de Polanco y otros contra doña Victoria Polanco y otros, y en consecuencia, nulas las cláusulas septima y undécima del testamento de don Aurelio Polanco que obra a fojas una del cuaderno de inventarios y nulas parcialmente las cláusulas octava, décima cuarta y décima quinta del propio testamento; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– MAGUIÑA SUERO.– ALVA.– LENGUA.– TELLO VELEZ.– RAMIREZ.– Se publicó.– Guillermo Ballón. Secretario accidental.

R.J.P.– 1954; p. 1088

TESTAMENTO.– Su nulidad.

V,33) *Es nulo íntegramente el testamento otorgado por persona que se comprueba ha sido objeto de maniobras dolosas destinadas a aislarla de aquella a las que voluntariamente hubiera favorecido con su liberalidad.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 250/953.– Procede de Arequipa.

Señor:

En el presente juicio seguido por doña María Cornejo González y otros con don Julio Guillermo Bedoya y otros sobre nulidad de testamento, por autos de fs. 440, fs. 442, fs. 444 y fs. 448 vta. se han concedido los recursos de nulidad interpuestos por los demandados contra la sentencia de vista de fs. 434, que confirmando en una parte la sentencia de 1a. Instancia de fs. 270 y el auto ampliatorio de fs. 291 vta. y revocando en otra, el fallo apelado,

declara totalmente fundada la nulidad demandada a fs. 14 y ampliación de fs. 43, con lo demás que contiene.

Con la prueba actuada en autos y con los acompañados se ha acreditado suficientemente, que doña Dolores Cornejo padecía de demencia senil en la época que otorgó su testamento de 9 de marzo de 1935. Si bien es verdad que el juicio de interdicción no pudo ser sentenciado, porque dilatado el proceso, se produjo el fallecimiento de doña Dolores Cornejo, no menos cierto es que tanto el Juez de Primera Instancia, como la Corte Superior, encontraron prueba suficiente de la incapacidad de doña Dolores Cornejo y ordenaron la administración provisional de sus bienes. El Dr. José Talavera en su dictamen de fs. 35, de mayo de 1934 afirma que doña Dolores Cornejo tenía demencia senil y los doctores Samuel Lozada Benavente y Abraham Campos en su dictamen de fs. 48 del procedimiento de interdicción, conviene en la decrepitud y demencia senil de la examinada, proceso degenerativo de la edad. Dichos peritajes están corroborados por el dictamen de fs. 109 de los autos sobre interdicción, acompañados, por el de fs. 27 de la instrucción; prueba pericial que no puede ser enervada con la actuada por los demandados. Habiéndose probado que doña Dolores Cornejo sufría de demencia senil, que la privó de discernimiento, teniendo la condición de incapaz; procede que de conformidad con lo dispuesto por los arts. 2279 y 2280 del C.C. derogado y art. 1123 inciso 1o. del C.C. vigente se declare totalmente nulo el citado testamento, otorgado por quien estaba incapacitado para practicar dicho acto jurídico. El art. 1075 del C.C. actual, exige para la validez de los actos jurídicos, entre otros requisitos, el agente capaz y en el caso sujeto a materia, la testadora doña Dolores Cornejo carecía de dicha capacidad, siendo por lo tanto nulo, el acto jurídico, contenido en el testamento otorgado el 9 de Marzo de 1935.— La nulidad demandada debe declararse íntegramente, comprendiendo la totalidad del testamento, ya que el vicio que lo afecta, invalida todo el acto jurídico.— La demanda de fojas 14 y su ampliación de fs. 43, debe declararse fundada; dejando a salvo los derechos de los herederos de doña Honorata de Avendaño, referentes a la remuneración por servicios prestados por su causante para que los hagan valer en la forma que viere convenirles.

Por las consideraciones expuestas y por fundamentos de la sentencia de vista, opino que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido, en la parte materia del recurso.

Lima, 18 de marzo de 1954.

García Arrese

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinte de mayo de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal y considerando: que las pericias médicas actuadas con relación al estado mental de doña Dolores Cornejo se han pronunciado de manera que no es uniforme, pues mientras en unas se opina que la examinada padecía de demencia senil, en otras se afirma la normalidad de su estado mental, estableciéndose a su vez en las diligencias de fojas catorce vuelta y cien de los autos sobre interdicción que se advirtió la disminución de su capacidad pero que no acusaba que hubiese perdido la conciencia de los actos, que realizaba; que no esté acreditado que se hubiera ejercitado violencia sobre ella para obtener la facción del testamento por el cual instituyó como herederas a doña Sara Abril, doña Honorata Guevara de Avendaño y el doctor Juan Bedoya, que con la instrucción sobre secuestro de la misma y con los autos sobre interdicción que se tiene a la vista, así como con la demás prueba corriente en autos, se acredita que la testadora fue víctima del sistemático empleo de maniobras dolosas dirigidas a provocar su alejamiento, para en esa situación alejada de las personas que de modo natural hubieran podido ser testamentariamente preferidas con su acto de liberalidad, instituyera herederas a las nombradas doña Sara Abril, doña Honorata de Avendaño y don Juan Bedoya; que de este modo la facción testamentaria cuya validez se impugna aparece como lógico resultado final de aquellos actos ejecutados bajo el imperio de una indebida influencia, no conforme con los requerimientos de la buena fe, y cuya realización hizo posible indudablemente la disminución de las facultades mentales de la testadora; y que el dolo como vicio del consentimiento hace inválido el acto jurídico y por consiguiente en el presente caso causa la nulidad del testamento materia de la demanda; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuatrocientas treinticuatro, su fecha cinco de enero de mil novecientos cincuentitrés, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas doscientas cincuenta, respectivamente, declara fundada la demanda interpuesta a fojas catorce y ampliada a fojas cuarentitrés por doña María Cornejo Gonzales y otros contra

Lima, 18 de marzo de 1954.

García Arrese

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinte de mayo de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal y considerando: que las pericias médicas actuadas con relación al estado mental de doña Dolores Cornejo se han pronunciado de manera que no es uniforme, pues mientras en unas se opina que la examinada padecía de demencia senil, en otras se afirma la normalidad de su estado mental, estableciéndose a su vez en las diligencias de fojas catorce vuelta y cien de los autos sobre interdicción que se advirtió la disminución de su capacidad pero que no acusaba que hubiese perdido la conciencia de los actos, que realizaba; que no esté acreditado que se hubiera ejercitado violencia sobre ella para obtener la facción del testamento por el cual instituyó como herederas a doña Sara Abril, doña Honorata Guevara de Avendaño y el doctor Juan Bedoya, que con la instrucción sobre secuestro de la misma y con los autos sobre interdicción que se tiene a la vista, así como con la demás prueba corriente en autos, se acredita que la testadora fue víctima del sistemático empleo de maniobras dolosas dirigidas a provocar su alejamiento, para en esa situación alejada de las personas que de modo natural hubieran podido ser testamentariamente preferidas con su acto de liberalidad, instituyera herederas a las nombradas doña Sara Abril, doña Honorata de Avendaño y don Juan Bedoya; que de este modo la facción testamentaria cuya validez se impugna aparece como lógico resultado final de aquellos actos ejecutados bajo el imperio de una indebida influencia, no conforme con los requerimientos de la buena fe, y cuya realización hizo posible indudablemente la disminución de las facultades mentales de la testadora; y que el dolo como vicio del consentimiento hace inválido el acto jurídico y por consiguiente en el presente caso causa la nulidad del testamento materia de la demanda; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuatrocientas treinticuatro, su fecha cinco de enero de mil novecientos cincuentitrés, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas doscientas cincuenta, respectivamente, declara fundada la demanda interpuesta a fojas catorce y ampliada a fojas cuarentitrés por doña María Cornejo Gonzales y otros contra

don Juan Guillermo Bedoya y otros y en consecuencia nulo en todas sus partes el testamento otorgado el nueve de marzo de mil novecientos treinticinco por doña Dolores Cornejo; con lo demás que dicha sentencia contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– SAYAN ALVAREZ.– CHECA.– MAGUIÑA.– VALVERDE.– LENGUA.– Se publicó conforme a ley.– D. Ojeda del Arco. Secretario.

R. J. P.– 1958; p. 672

NULIDAD DE TESTAMENTO.– Incapacidad del testador.

V,34) *No puede alegarse la nulidad de un testamento por incapacidad del agente, aún cuando se hayan presentado certificados médicos para demostrar su demencia, si en su otorgamiento se han observado todas las formalidades que la ley exige y el Notario ha comprobado que el testador gozaba de sus facultades mentales, lucidez que ha sido corroborada con otros instrumentos públicos y actuados judiciales.*

RESOLUCION SUPREMA

Exp. 442/57.– Procede de La Libertad.

Señor:

En el presente juicio seguido por doña Emilia Gutiérrez Vásquez condoña Carmela Ramírez García sobre nulidad de testamento, por auto de fs. 166, se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de vista de fs. 163, que confirmando la de Primera Instancia de fs. 144, declara infundada la demanda de fs. 6; con lo demás que contiene.

La demandante doña Emilia Gutiérrez Vásquez ha interpuesto a fs. 6 acción de nulidad del testamento otorgado por su hermano don Tomás Ramírez Vásquez, el 8 de Noviembre de 1954, ante el Notario don Abel Alva Z.; fundándose en que el nombrado testador carecía de capacidad, pues alega que su citado hermano ha estado padeciendo de decrepitud y demencia senil, como lo acredita los certificados médicos que menciona y en que, desde el 1o. de setiembre de 1954, desapareció de su casa, enterándose en Agosto del año

siguiente que se encontraba secuestrado en casa de la demandada, por lo que formuló denuncia criminal y, posteriormente, solicitó su interdicción civil; pues la demandada, hizo víctima al testador de coacción moral o suplantó su persona, para que otorgara el poder y testamento que indica. Dicha demanda debe declararse infundada, pues según la partida de fs. 3 don Tomás Ramírez Vásquez falleció el 29 de agosto de 1955 y del testamento que con copia obra a fs. 8, aparece que dicho acto, se otorgó en escritura pública con 8 de noviembre de 1954, observándose todas las formalidades que la ley exige y cumpliendo el Notario con examinar al testador, para verificar su capacidad y facultades intelectuales, lo que además resulta corroborado con el poder que otorgó el mismo testador el 27 de setiembre de 1954. Además, de la diligencia preparatoria de absolución de posiciones que corre a fs. 90, aparece que don Tomás Ramírez Vásquez el 13 de agosto de 1955, se encontraba en el goce de sus facultades mentales, lo que fue constatado por el Juez, en la diligencia correspondiente, lo que demuestra en forma indubitable la capacidad y libertad con que procedió el testador al otorgar el poder y testamento, cuya nulidad se controvierte, desvirtuándose con ello, las legaciones formuladas por la demandante, por lo que, debe declararse infundada la citada demanda.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la recurrida, opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, 23 de setiembre de 1957.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintisiete de diciembre de mil novecientos cincuentisiete.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento sesentitrés, su fecha trece de abril último que confirmando la apelada de fojas ciento cuarenticuatro su fecha dos de octubre de mil novecientos cincuentiséis declara infundada la demanda de nulidad de testamento interpuesta a fojas seis por doña Emilia Gutiérrez Vásquez contra doña Carmela Ramírez García; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso; y los devolvieron.— GARMENDIA.— MAGUIÑA SUERO.— ALVA.— LENGUA.— CEBREROS.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

siguiente que se encontraba secuestrado en casa de la demandada, por lo que formuló denuncia criminal y, posteriormente, solicitó su interdicción civil; pues la demandada, hizo víctima al testador de coacción moral o suplantó su persona, para que otorgara el poder y testamento que indica. Dicha demanda debe declararse infundada, pues según la partida de fs. 3 don Tomás Ramírez Vásquez falleció el 29 de agosto de 1955 y del testamento que con copia obra a fs. 8, aparece que dicho acto, se otorgó en escritura pública con 8 de noviembre de 1954, observándose todas las formalidades que la ley exige y cumpliendo el Notario con examinar al testador, para verificar su capacidad y facultades intelectuales, lo que además resulta corroborado con el poder que otorgó el mismo testador el 27 de setiembre de 1954. Además, de la diligencia preparatoria de absolución de posiciones que corre a fs. 90, aparece que don Tomás Ramírez Vásquez el 13 de agosto de 1955, se encontraba en el goce de sus facultades mentales, lo que fue constatado por el Juez, en la diligencia correspondiente, lo que demuestra en forma indubitable la capacidad y libertad con que procedió el testador al otorgar el poder y testamento, cuya nulidad se controvierte, desvirtuándose con ello, las legaciones formuladas por la demandante, por lo que, debe declararse infundada la citada demanda.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la recurrida, opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, 23 de setiembre de 1957.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintisiete de diciembre de mil novecientos cincuentisiete.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento sesentitrés, su fecha trece de abril último que confirmando la apelada de fojas ciento cuarenticuatro su fecha dos de octubre de mil novecientos cincuentiséis declara infundada la demanda de nulidad de testamento interpuesta a fojas seis por doña Emilia Gutiérrez Vásquez contra doña Carmela Ramírez García; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso; y los devolvieron.— GARMENDIA.— MAGUIÑA SUERO.— ALVA.— LENGUA.— CEBREROS.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

R.J.P.—.— 1971; p. 917

NULIDAD DE TESTAMENTO.— Excepción de falta de título.— Intervención del Albacea.

V,35) *1. La demanda de nulidad de un testamento debe entenderse con el albacea designado en él, requisito que no puede omitirse aún cuando el ejecutor testamentario haya sido comprendido en la acción en su calidad de heredero.*

2.— El albacea debe litigar por separado, sin someterse a la designación de apoderado común.

3.— Es nulo el auto que omite resolver como dilatoria la excepción de falta de título.

RESOLUCION SUPREMA

Exp. No. 606/71.— Procede de Lima.

Lima, once de agosto de mil novecientos setentiuno.

Vistos; y CONSIDERANDO: que, conforme al inciso sexto del artículo setecientos treinticuatro del Código Civil el albacea tiene obligación de sostener la validez del testamento en el juicio de impugnación que se promoviere; que en el caso de autos, no se ha dirigido la demanda contra la albacea doña Luisa Angélica Roose Campos de Coloma en su calidad de tal, sino simplemente como coheredera; que, en mérito a la obligación antedicha la albacea debe litigar por separado, sin someterse a la designación de apoderado común por la posibilidad de existir incompatibilidad en la defensa; que, a fojas trece, en el segundo otrosí, se han deducido expresamente las excepciones de falta de personería y de falta de título, lo que ha sido reiterado a fojas veintisiete; que, sin embargo, el auto de fojas diecinueve se ha pronunciado sólo sobre la primera de las excepciones indicadas, incurriéndose de esta manera en las causales de nulidad previstas en los incisos décimo-tercero y décimo, respectivamente, del artículo mil ochenticinco del Código de Procedimientos Civiles: declararon NULO el auto recurrido de fojas treintiuno, su fecha dieciocho de junio del año en curso; insubsistente el apelado de la foja anteriormente citada, fechado el veinte de mayo del presente año; nulo lo actuado; reponiéndose la causa al estado de notificarse con la demanda a la mencionada albacea; en los seguidos por doña Ana María Gonzales Elías y otra con don Guillermo Roose Campos y otros, sobre

nulidad de testamento; y los devolvieron.– BALLON LANDA.– LEON MONTALBAN.– LLOSA RICKETTS.– GARCIA CALDERON.– ZALDIVAR.– Se publicó conforme a ley.– Fausto Viale Salazar.– Secretario General.

R. de los T.– 1938; p. 407

V,36) *Aun cuando el beneficiario no tenga la calidad de viuda o hijo menor, es válida la disposición testamentaria que haga un empleado de la C. de D. y C. (D. de R.) respecto de su derecho en el "Fondo de Empleados".*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Como lo expresa el voto discordante del doctor Aparicio y Gómez Sánchez, la demanda de fs. 6 interpuesta por Julio Silva, es infundada.

En efecto, la cuestión a decidir es clara; y el Fiscal amplía los fundamentos del citado voto discordante.

Por Resoluciones Supremas de 14 de junio y 19 de setiembre de 1928 que convirtió en ley la que lleva el número 6467, se estableció y reglamentó el fondo de empleados de la Caja de Depósitos (Departamento de Recaudación), que quedó clasificado en esta forma:

Fondo de empleados;

Fondos de reserva; y

Fondo de Ahorros.

Los que tienen diverso origen y aplicación.

El fondo de empleado, se constituye con el tanto por ciento del producto bruto de las rentas fiscales, que recauda la Caja; el porcentaje de utilidades que cede la Caja; y el tanto por ciento, del importe de comisos y multas.

Este fondo de empleados al que no contribuyen estos, con parte de su sueldo, tiene la aplicación especial fijada en el art. 2 de la citada Resolución Suprema, en las que se contempla la necesidad de cubrir los auxilios económicos a los deudos de los empleados que fallezcan.

El fondo de reserva al que tampoco contribuye el empleado, se constituye con los saldos determinados, en los incisos A y B. del art. 4; y el fondo de ahorros al que contribuye el empleado con el cinco por ciento de su haber, se suma a los saldos de los fondos anteriores.

La suma abonada en la libreta de cada empleado considerados en los incisos A, B, y C del art. 7 tienen distinta aplicación.

Los señalados en los incisos A y B, corresponde a los herederos del empleado, y los del inciso C, exclusivamente a los deudos del mismo (art. 11).

Se entiende por deudos del empleado, conforme a los arts. 29 y 30, la viuda e hijos menores de 18 años o hermanas solteras; y a falta de estos deudos, no hay persona beneficiada con la pensión, según lo dispone la última parte del art. 30 del citado Reglamento.

Como se ve, la cesión que hace el Fisco y la compañía, de parte de las multas y de sus utilidades, respectivamente, sólo tiene la finalidad, ya expresada, no incrementa el patrimonio del empleado, del que pueda disponer para después de su muerte.

Es un fondo de reserva que se dona exclusivamente a los deudos del empleado, expresados en los arts. ya citados.

Por lo expuesto, se concluye, que la disposición testamentaria del empleado Rosendo Mendívil, en favor de la niña Rosa Amelia Silva, hija legítima de Julio Silva y Rebeca Mendívil, en la que se apoya la demanda del padre de esta menor, es nula, por disponer de renta que no constituye su patrimonio.

Opino que: HAY NULIDAD en el recurrido, reformándolo y revocando el apelado, procede declarar sin lugar la demanda.

Lima, agosto 16 de 1938.

Muñoz.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, octubre 14 de 1938.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 38, su fecha 26 de octubre de 1937, que confirmando la de primera instancia de fs. 20, su fecha 17 de mayo del mismo año, declara fundada la demanda interpuesta a fs. 6 por don Julio Silva Bartra; con lo demás que contiene; y los devolvieron.— BARRETO.— ZAVLA

LOAIZA.– ARENAS.– CARDENAS.– CHAVARRI.– Se publicó conforme a ley.– M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 1710.– Año 1937.

Procede de Lima.

R.J.P.– 1955; p. 462

TESTAMENTO.– Su nulidad.

V,37) Carece de derecho para demandar la nulidad de un testamento el que ha sido declarado heredero de quien, a su vez, lo fue a mérito de un procedimiento defectuoso.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 519/53.– Procede de Ancash.

Señor:

En el presente juicio seguido por doña Vicenta Villarreal Flores con don Victoriano Pineda y otros sobre nulidad de testamento y división y partición, por auto de fs. 768 vta., se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de vista de fs. 760 vta. que confirmando la Primera Instancia de fs. 477 vta. declara infundadas las demandas acumuladas de fs. 1 y fs. 334; con lo demás que contiene.

A fs. 1 doña Vicenta Villarreal Flores demanda la nulidad del testamento otorgado por doña María Cristina Villarreal Loli; fundándose en que la nombrada testadora ha dispuesto, como propietaria exclusiva, de los bienes herecitarios dejados por el ascendiente común don Lorenzo Villarreal, sin considerar que la demandante es condómina en dichos bienes, por ser nieta de don Mario Villarreal, hermano de la citada testadora. Los demandados don Dolores Victoriano Pineda y los hermanos don Francisco y don Anacleto Alegre ha contradicho la acción, deduciendo a la vez la excepción de prescripción. A este juicio se ha acumulado el seguido por la misma demandante sobre división y partición de los bienes dejados por don Lorenzo Villarreal y que aparecen enumerados en el testamento otorgado por doña María Cristina Villarreal; también demanda el pago de S/. 20,000.00 como importe de los frutos de los bienes cuya división y partición solicitada.

Los demandados también niegan y contradicen esta demanda.

Del testamento otorgado por don Lorenzo Villarreal corriente a fs. 141 aparece que el nombrado testador instituyó como sus únicos y universales herederos a sus hijos Gil María de los Angeles, María Cristina y Aparicio Villarreal, excluyendo a su hijo Mariano, que, afirma que falleció sin dejar descendencia. La demandante alega que don Mariano Villareal tuvo un hijo llamado Manuel Carmen Villarreal, quien es el padre de la actora. Para probar estas afirmaciones ha presentado las copias certificadas de fs. 408 y fs. 409 referentes a las declaratorias de herederos de don Mariano Villarreal y don Manuel C. Villarreal; pero el auto en virtud el cual se declara heredero a don Mariano Villarreal a don Manuel Carmen Villarreal en su condición de hijo, se basa en una partida supletoria, sentada por orden de la curia eclesiástica y en la que se ha consignado el dato de que don Mariano Villarreal, por lo que, es evidente que dicha partida no debió servir de fundamento para expedir el auto citado. Además, se ha acreditado en autos que al fallecer doña Patricia Villarreal acreció el haber de sus hermanos Cristina y Gil Villarreal y que éste por su testamento otorgado el 9 de mayo de 1921 instituyó heredero a aquélla y al fallecer don Gil el 19 de Mayo de 1922 consolidó doña Cristina toda la masa hereditaria del que fuera don Lorenzo Villarreal, ejerciendo sobre ella el dominio y posesión correspondiente. Por testamento y codicilio que obran a fs. 178 y 272, doña Cristina Villarreal instituyó como su único y universal heredero a don Dolores Victoriano Pineda y con anterioridad, por escritura pública de fs. 171, había cedido parte de sus bienes hereditarios; de modo que al fallecer doña Cristina en 30 de Septiembre de 1930, los adquirientes de dichos bienes y el heredero nombrado entraron en posesión de los mismos, la que a la fecha de las demandas acumuladas excede de diez años, por lo que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 871 del C.C. por tener los demandados justo título, constituido por el testamento y escrituras citadas y buena fe, ya que no se ha probado lo contrario, procede declarar fundada la excepción de prescripción deducida por los demandados, e infundadas las demandas.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista, opino que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido, salvo mejor parecer.

Lima, 16 de Noviembre de 1953.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinte de mayo de mil novecientos cincuenticinco.

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal y considerando: que acreditada la falta de derecho del demandante para accionar, carece de objeto resolver la excepción de prescripción adquisitiva deducida como perentoria por el demandado: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas setecientos sesenta vuelta su fecha veintidós de mayo de mil novecientos cincuentitrés en cuanto confirmando la apelada de fojas setecientos cuarentisiete vuelta su fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos cincuentidós declara infundadas las demandas acumuladas de fojas una y trescientas treinticuatro sobre nulidad de testamento y división y partición respectivamente, interpuestas por doña Vicente Villarreal Flores contra don Dolores Victoriano Pineda y otros; declararon NULA la sentencia de vista e insubsistente la de Primera Instancia en la parte que resuelven la excepción de prescripción deducida a fojas veinticinco; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.– EGUIGUREN.– GARMENDIA.– VALVERDE.– ALVA.– TELLO.– VELEZ.– Se publicó.– Walter Ortiz Acha.– Secretario.

R.J.P.– 1952; p. 1853

TESTAMENTO.– Calidades de los testigos.

V,38) *1.– No procede declarar la nulidad de un testamento por simple afirmación y no la prueba, de que el testigo que ha intervenido es pariente en el tercer grado con el heredero instituido.*

2.– Para acreditar el parentesco entre dos personas no es suficiente meras declaraciones testimoniales, sino que es necesario acompañar las partidas que prueben el entroncamiento alegado.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 429/951.– Procede de Lima.

Señor: Por escritura pública de 24 de octubre de 1946, el Dr. Guillermo Angulo Puente Arnao otorgó testamento, legando a su hermana doña Rosa Angulo Puente Arnao el tercio de libre disposición, mejorando a sus hijos

naturales reconocidos Guillermo, Clara, Rosa y Pedro Angulo Pinto, instituyendo como herederos del resto de sus bienes a sus cuatro hijos nombrados y a otro hijo Luis G. Angulo Denegri, explicando las razones por las cuales, justificadamente, no había mejorado a este último.

En el testamento referido intervino como testigo don Ramón Pinto Menéndez quien es pariente dentro del tercer grado de consanguinidad con los herederos hermanos Angulo Pinto, no así con el otro heredero Angulo Denegri ni con la legataria doña Rosa Angulo Puente Arnao.

Fundándose en ese hecho del impedimento del testigo, y en que doña Rosa Angulo Puente Arnao aceptó la voluntad del testador para adjudicarlo, don Luis Angulo Denegri, ha interpuesto la demanda de fs. 8 sobre nulidad de dicho testamento, acción que fue contradicha por todos los demandados, aunque después de contestada la demanda los hermanos Angulo Pinto se han allanado a ella.

El Juzgado de Primera Instancia ha declarado infundada la demanda en cuanto a la causal de seducción en el ánimo del testador y fundada por la causal contemplada en el inc. 4o. del art. 691 del C.C. y que es nulo el testamento que otorgó el Dr. Guillermo Angulo Puente Arnao. Dicha sentencia ha sido confirmada por la de vista de fs. 164, originando recurso de nulidad de doña Rosa Angulo Puente Arnao.

La cuestión a resolver es si el impedimento de un testigo respecto a uno o varios herederos produce la nulidad del acto en cuanto a otros herederos o legatarios que no son parientes en ningún grado de testigo impedido.

El fundamento de la prohibición contenida en el inc. 4o. del art. 691 del C.C., es, obviamente, que el testigo pariente de uno de los herederos no puede influir a favor de éstos en el ánimo del testador, quien debe expresar su voluntad libremente.

En el caso de autos, la lectura del testamento del Dr. Guillermo Angulo Puente Arnao está demostrando la forma libre y consciente como otorgó sus disposiciones de última voluntad, y la supuesta sugestión o seducción ha sido desestimada por el Juzgado y la Corte Superior.

Si esto es así, no se ve las razones legales ni de justicia para que la nulidad por infracción del inc. 4o. del art. 691 del C.C., pueda comprender a quienes no tienen vínculo alguno de parentesco con el testigo impedido.

Suponiendo que un legatario fuera testigo en el testamento, sería posible que por ese hecho se declarara la nulidad de la institución de

heredero. Evidentemente que no; y la misma solución corresponde al caso de autos, aplicando el inc. 5o. del art. 691 citado, de donde se deduce que aún en el supuesto que el testigo don Ramón Pinto Menéndez fuera pariente de la legataria, ese hecho no anularía las disposiciones en favor de aquélla.

Considero que la nulidad del testamento del Dr. Angulo Puente Arnao es parcial, o sea en cuanto en él se instituye y beneficia a los parientes del testigo impedido, pero que es válida en cuanto a todos lo demás que contiene dicho testamento.

Por lo expuesto, opino que procede declarar que HAY NULIDAD en la sentencia recurrida en cuanto se refiere a doña Rosa Angulo Puente Arnao y a don Luis Angulo Denegri, reformándola y revocando en parte la de primera instancia, que es nulo el testamento en lo que respecta a los herederos hermanos Angulo Pinto.

Lima, 23 de noviembre de 1951.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de diciembre de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que no habiéndose presentado la partida del estado civil que permitan esclarecer el parentesco en tercer grado del testigo don Ramón Pinto Menéndez, con varios de los herederos instituidos, la causal alegada por el demandante no ha sido probada; que las testimoniales actuadas para probar el parentesco, no son suficientes para acreditar el entroncamiento, que requiere la prevista por la ley: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento sesenticuatro, su fecha once de junio del presente año, que confirmando la de primera instancia de fojas ciento cuarentiséis vuelta, su fecha once de enero último, declara fundada la demanda se fojas una interpuesta por don Luis Guillermo Angulo contra doña Rosa Angulo Puente Arnao y otros, sobre nulidad del testamento del doctor Guillermo Angulo Puente Arnao, reformando la de primera y revocando la segunda: declararon fundada dicha demanda y los devolvieron.

Zavala Loaiza.— Frisancho.— Láinez Lozada.— Cox.— Eguiguren.

Se publicó conforme a ley.— Dagoberto Ojeda del Arco, Secretario.

V.– LOS TESTAMENTOS Y SUS SOLEMNIDADES

En la ejecutoria V,1) de 22 de noviembre de 1956, se resuelve sobre una cuestión procesal, aplicando el art. 1254 del C.P.C. Mas, indirectamente cabe considerar que se toma en cuenta una cuestión relacionada con la solemnidad del testamento. Una persona, Félix Torres Rueda, por su testamento designó como herederos a su esposa Isabel Jaramillo y a su hermano Eloy Torres Rueda. Este solicitó seguridad de herencia. Una tercera persona, Jacinta Apolo de Noriega se opone a ello invocando que es la única persona con derecho a la herencia pues por testamento posterior del mismo causante, Félix Torres Rueda, de 13 de julio de 1948, designó como heredera universal a su esposa, Isabel Jaramillo, de la cual dicha Jacinta Apolo es heredera; habiéndose revocado la institución sucesoria en favor de don Eloy Torres Rueda, hermano del testador, hecha conforme al anterior testamento de 28 de julio de 1938. Pero se comprobó que no llegó a concluirse la facción del testamento segundo antes mencionado por haber caído en coma no firmándolo el testador. La ejecutoria al declarar improcedente la posición a la declaratoria de herederos por dicha tercera persona aludida, en el fondo viene a reconocer el valor del testamento del 28 de junio de 1938, en que se instituyó como uno de los herederos voluntarios al hermano peticionario de la declaratoria de herederos (de ahí la cita del art. 1254), porque según se deduce, sin que la ejecutoria lo diga, no puede considerarse revocado ese testamento por el segundo de fecha 13 de julio de 1948, por la circunstancia anotada, de no haber concluido formalmente, no habiéndolo firmado el testador. Es de tener presente la exigencia al respecto del inc. 6o. del art. 6 del C.C.

La ejecutoria V,2) de 22 de Noviembre de 1959 concierne a un caso de formalidad en cuanto a un testamento místico, al establecer que debe cumplirse con las exigencias de los incisos 2o. y 4o. del art. 689. Por ello es que justificadamente la resolución decidió que no cabía que se procediese a la aplicación del art. 1241 del C.P.C., que importa al reconocer la producción idónea de una declaración testamentaria, aunque sea preciso proceder a ciertas comprobaciones vinculadas a su producción. La ejecutoria no reconoce la existencia misma del testamento, por la razón expresada, de no haberse cumplido con las formalidades de los incisos 2o. y 4o. del art. 689.

La ejecutoria V,3), de 1o. de junio de 1968, acepta la autenticidad de la constancia de la voluntad del testador, que siendo analfabeto, no firmó su declaración, pero lo hizo un testigo testamentario, aunque no se le designare para tal efecto por la testadora. La omisión se estimó que era dispensable en mérito de que la testadora imprimió su huella digital (a pesar de que para Lanatta tal impresión no tiene valor decisivo). Pero en conjunto, se coligió que se puede considerar que estaba demostrado la autenticidad de la voluntad testamentaria. Prevaleció el criterio de *in favorem testamenti.*

Por la ejecutoria V,4), de 20 de abril de 1949, se resolvió que no habiendo en relación a un testamento místico, dentro de la protocolización pertinente, acuerdo de los testigos en lo referente a la cubierta respectiva, el testamento que puede ser declarado nulo, por tal motivo, no puede ser estimado como válido asignándole la categoría de ológrafo. En este último sentido se pronunció la vista fiscal. Nosotros estamos completamente de acuerdo con este último punto de vista. La nulidad del testamento cerrado por los defectos de formalidades no empece para que pueda ser considerado como testamento ológrafo, si llena las exigencia al respecto señaladas en el primer párrafo del art. 694. Sobre el particular puede operar la llamada figura de la coversión conocida dentro del instituto en general del negocio jurídico, que importa que se habría querido celebrar este segundo acto, de haberse conocido o debido conocer la nulidad por formalidad que afecta al primer acto.

La ejecutoria V,5) de 23 de marzo de 1950, aplica acertadamente el art. 685 en el sentido de que el documento testamentario respectivo contengan los datos exigidos en el art. 685. El testamento ológrafo es válido, no afectando a su validez la carencia de otros datos, que no son indispensables si se cumple con los que precisamente indica el art. 685 y además naturalmente con el art. 694. Por lo contrario, la ejecutoria V,6), de 7 de enero de 1944, resolvió que no eran indispensables los datos sobre nacionalidad y domicilio indicados en el art. 685, tratándose de un testamento ológrafo. La resolución nos parece equivocada. Fuera de la exigencia que el primer párrafo del art. 694 especifica para el testamento ológrafo, deben concurrir las exigencias substanciales del art. 685, para todo testamemto, que así son ineludibles, pues se trata de datos que identifican altestador.

La ejecutoria V,7), de 22 de mayo de 1944, respecta a un caso en que funciona como caducidad (si no de prescripción) el plazo de dos años

señalado en el segundo párrafo del art. 694. En todo caso si es cierto que debe admitirse que los causales de interrupción de prescripción operan en las caducidades, no parece que se presentó ninguna de las causales de interrupción indicadas en el art. 1163, Por lo tanto, es discutible lo que se dice en la sumilla de la ejecutoria, en cuanto a sentar la tesis de que la ley "no admite interrupción alguna en el término de dos años que fija" (para la protocolización del testamento).

Como negocio jurídico que es el testamento, debe responder a una declaración de voluntad libre y conscientemente adoptada. Por lo tanto, si el testador no goza de la necesaria *integritas mentis* cuando hace la declaración testamentaria; ella es nula. Por ello la ejecutoria V,21) de 25 de abril de 1967 declara tal nulidad por la causal anotada. La ejecutoria V,18), de 24 de setiembre de 1937 y V,19) de 10 de diciembre de 1940 resolvieron igualmente, por la misma causal, que eran nulos los estamentos, aunque en el momento de su producción no se había declarado la interdicción de sus autores, pero existía ya esa causal, aplicándose el art. 573 del Cod. actual, correspondiente al art. 27 del derogado. La razón de la solución es perfectamente explicable, ya que "los que por cualquiera causa no están sanos de mente, son incapaces de testar y su testamento es nulo por falta de voluntad, siempre que se pruebe que existía la enfermedad en el momento de realizar el acto" (Biondi-Biondi.– "Sucesión testamentaria y donación"; pág. 98). Consúltese Lanatta, "Capacidad del testador". No8).

Por el contrario, como es lógico, se explica las ejecutorias V,34), de 27 de diciembre de 1957 V,25) de 28 de setiembre de 1953, V,28) de 6 de junio de 1964, y V, 16 de 22 de junio del 1621 que reconocieron validez a testamentos producidos, por haberse acreditado que sus autores gozaban de sus apropiadas facultades mentales.

La ejecutoria V,17(, de 23 de julio de 1958, anuló el testamento otorgado, por incumplimiento en cuanto a formalidades. Estas, en principio, son irrecusables, pues debe saberse con precisión sobre si hubo *voluntas testantis,* y en caso de haberse recurrido a la forma testamentaria por escritura pública, deben ser respetadas las exigencias al respecto impuestas por ley. De ahí la razón de ser la ejecutoria. Por ello con razón Lanatta estima acertada la severidad de tal ejecutoria.

La adquisición de la propiedad *ppro heredere* supone, ya se trate de una sucesión *ab intestato,* necesariamente que el causante sea dueño del bien que

deja por herencia. Si en testamento deja como en favor del heredero)o legatario) instituido, uno que no de su propiedad, la institución sobre el particular no puede surtir efecto alguno, porque nadie puede disponer de lo que no es suyo. De ahí la ejecutoria V,20), de 10 de octubre de 1951, que da al respecto una solución en el sentido expuesto.

La manifestación de la disposición testamentaria debe resultar demostrada como una seria, efectiva, realmente querida; *certum consilium debet esse testantis,* La ejecutoria V,12), de 15 de abril de 1941, al respecto juzgó fundadamente que esa voluntad se había manifestado en tal modo adecuado, por lo que era válido el testamento realizado.

La ejecutoria V,33), de 20 de mayo de 1954, establece una decisión jurisprudencial interesante, en cuanto resolvió que era nulo el testamento otorgado por persona con referencia a la cual se llegó a probar que había sido objeto de maniobras dolosas en lo concerniente a la facción del testamento, apareciendo favorecidas personas que no hubiese querido el testador designar como herederos, y no figurando como tales quienes sí realmente eran las que quería designar como sus herederos. Nuestro Código no indica una causal de anulación de testamento consistente en dolo ejercido contra el testador y sí indica como causal la coacción de voluntad (inc. 40. del art. 665). Mas el juzgador estimó que habiéndose comprobado la existencia de maniobras dolosas, ello debía de ser considerado como causal de nulidad del testamento, conforme se explica en la ejecutoria de que ahora se trata, hablando de una "indebida influencia, no conforme con los requerimientos de la buena fe". Nosotros creemos que es aceptablela solución adoptada. En el derecho romano no se consideraba de manera explícita el dolo como causal de nulidad del testamento, pero estaba dentro de la hipótesis general de la*exceptio doli,* aplicable cuando alguien intervenía en la ejecución de una disposición testamentaria *contra voluntantem defuncti.* Lanatta ha escrito enjuiciosamente: ',espertinete referirse a una forma de coacción que es reconocida por el derecho anglo sajón bajo el nombre de *undue influence,* y que consite en la captación de voluntad por una persona o un grupo de personas, sean o no familiares, para obtener determinados beneficios con el consiguiente desmedro de los intereses de los demás. En nuestro derecho, según las circunstancias del caso y de la prueba respectiva, en juicio podría comprenderse dentro de la figura de la coacción, a que alude este inc. (4.o. del art. 665), considerándola como coacción moral, en otros casos dentro del dolo, que no es causal de

indignidad, pero si de anulación de testamento, de conformidad con el art. 1125, inc. 2o. del C.C.".

Queremos agregar dos referencias. Una en cuanto a la ejecutoria V,13), 22 de abril 1940, antes tratada. Lanatta ha escrito que la sentencia sienta un precedente cuestionable, pues la transcripción del acta notoral de la cubierta del testamento cerrado en el protocolo del notario, formalidad exigida por el art 689, inc 4, es requisito que no puede ser amitido en el acto del otorgamiento y subsandao después, por que tiene por finalidad establecer la certeza de la intervención del notario y es inherente a la unidad del acto del otorgamiento.

La otra referencia concierne a la ejecutoria V,26), de 15 de deciembre de 1941, por la que se declaró nulo el testamento suscrito por impedimiento físico del testador, por quien no aparece como testigo testamentario. La ejecutoria aplicó la exigencia del inc. 8 del art. 658 del Cod. vigente cuando se hizo el testamento, es decir, el de 182, por aplicación de *tempus regit actum*. Lo mismo se dice en el inc. 7 del art. 687 del Cod. vigente. Como ha escrito Lanatta, la firma del testador es un requisito común exigible en todo testamento, con las únicas excepciones de que el testador no sepa firmar o se encuentre imposibilitado físicamente para hacerlo, en cuyo caso la ley permite, sólo en los testamentos por escritura pública, que pueda firmar por el testador y a su ruego, uno de los testigos testamentarios.

VI

LAS LEGITIMAS Y LA PORCION DE LIBRE DISPOSICION

A. J.– 1966; p. 32

VI,1) *La disposición testamentaria del tercio libre a favor de la cónyuge, es válida no obstante existir gananciales y así se haya denominado como mejora esta disposición, por error de redacción, interpretándose rectamente la voluntad del testador.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Adela Carmen Carcelen Boggio demanda fs. 2 para que se declare la caducidad del testamento de su padre don Víctor Isais Carcelén La Rosa en cuanto en tal testamento que corre a fs. 77, ha preterido a dicha actora, y también para que se declare la ineficacia de la disposición testamentaria por la cual dispone de un tercio en favor de su esposa supérstite, Micaela Ella Gayoso de Carcelén.

Está fuera de discusión lo atinente a la caducidad del testamento solicitada por la actora en cuanto a la antes referida preterición, en base al Art. 753 del C.C., pues dicha actora ha acreditado su calidad de hija ilegítima del de cujus con la partida que corre a fs. 23. La demanda es, pues, en este punto fundada.

Partiendo de esta primera consideración es del caso examinar cómo debe repartirse la herencia entre los herederos del causante, los dos hijos legítimos del testador mencionados en el testamento, Dora Carcelén de Rosell y Víctor Carcelén Gayoso, quienes tienen derecho a la herencia, junto con la hija ilegítima antes mencionada, la demandante en este juicio, en su calidad de heredera necesaria y a mérito de la caducidad del testamento al que antes se ha hecho referencia; debiendo concurrir esos tres herederos en la proporción que establece el Art. 762 del C.C.

Pero también el testador ha reconocido en su testamento la calidad de heredero a su esposa sobreviviente. Al respecto se ha planteado si puede o no estimarse como operante tal derecho hereditario, en base a lo dispuesto en el Art. 704, del C.C., pues todos los bienes son gananciales siendo por eso de aplicación dicho precepto legal. De este modo, la mitad de los bienes dejados al disolverse el matrimonio de don Víctor Carcelén y su esposa Micaela Gayoso de Carcelén, por la muerte del primero, debe corresponder a la esposa supérstite, y la otra mitad debe ser repartida entre los dos hijos legítimos y el

hijo ilegítimo del causante en la proporción del art. 762 del C.C. antes citado. No teniendo derecho en esta segunda mitad la viuda en mérito a lo dispuesto en el Art. 704 del C.C.

Otro punto que es materia del debate judicial, es el concerniente a la cláusula quinta del testamento de don Víctor Carcelén en cuanto "dispone del tercio de libre disposición de sus bienes, para adjudicarlo como mejora a su citada esposa". Se ha alegado que esta cláusula es nula, porque las mejoras sólo operan en relación a hijos y descendientes, según los Arts. 707 y s. del C.C.

La citada cláusula es un poco confusa al hablar al mismo tiempo de dos situaciones jurídicas distintas: la libre disposición del tercio (Art. 700) y las mejoras (Art. 707). Si se considera que la disposición contenida en la cláusula quinta citada importa la institución de la disposición del tercio de que puede hacer uso el testador, tal cláusula es válida. La interpretación debe inclinarse en este segundo sentido, porque primeramente se habla en la respectiva disposición testamentaria, del tercio de libre disposición, agregándose simplemente en forma complementaria la mención acerca de la mejora.

No cabría que pueda corresponder a la esposa de don Víctor Carcelén, además del tercio de libre disposición, mejora alguna, pues la vocación hereditaria emergente o que puede decaer por aplicación del Art. 704 del C.C., del cónyuge sobreviviente, no le atribuye la calidad que conforme al Art. 707 es necesaria para poder ser beneficiaria de la mejora.

Por las razones expuestas, que coinciden con el criterio que ha inspirado a las resoluciones contestes de fs. 89 y fs. 192, soy de parecer que la Sala se digne declarar NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 23 de setiembre de 1966.

León Barandiarán.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diez de octubre de mil novecientos sesentiséis.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento doce, su fecha diecinueve de abril del presente año que, confirmando la apelada de fojas ochentiocho, su fecha tres de noviembre de mil novecientos sesenticinco, declara fundada en parte la demanda de caducidad de

testamento interpuesta a fojas dos por doña Adela Carcelén Boggio contra don Víctor Carcelén Gayoso y otros; y en consecuencia, dacudo el testamento de don Víctor Carcelén La Rosa en cuanto es preterida la demandante; y que la herencia del referido causante corresponde a sus hijos legítimos doña Dora Carcelén Gayoso de Rosell y don Víctor Carcelén Gayoso y a su hija ilegítima doña Adela Carcelén Boggio, en la proporción que se indica; e infundada dicha demanda en el extremo referente a la cláusula quinta del mencionado testamento; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a las partes que lo interpusieron; y los devolvieron.– GARCIA RADA.– VIVANCO MUJICA.– ALARCON.– PERAL.– PALACIOS.– Se publicó conforme a ley.– Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Lima 250/66.– Procede de Lima.

R.J.P.– 1951; p. 1173

SUCESIONES.– Herederos forzosos.

VI,2) *1.– Las disposiciones del C.C., que establecen quienes son herederos forzosos, no pueden ser enervadas por resoluciones del Poder Ejecutivo que amplían el ámbito de la herencia forzosa.*

2.– Quien no tiene herederos forzosos puede testar a favor de un extraño, defiriéndole un seguro mutual que habrá de recibirlo no obstante que los estatutos de la Asociación Mutualista habrá de pagarlo declaren que son herederos forzosos los parientes supérstites del testador que tienen la calidad de hermanos.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1383/950.– Procede de Lima.

Señor: Amparada por lo dispuesto en el Art. 703 del C.C. que establece que el que carece de cónyuge o de parientes de los indicados dos Arts. 700 y 701, a saber: descendientes, hijos adoptivos o descendientes de estos o de cónyuge o ascendientes, tienen la libre disposición total de sus bienes, doña María Luisa Escabarrozzi Barreto que carece de esta categoría de parientes, otorgó en 2 de octubre de 1945, ante el Notario don Francisco Flores Chinarro, el testamento público en testimonio corre a fs. 1, instituyendo

como heredero universal de sus bienes o don José Trivelli y Reyes; y dejando por todo bien hereditario su seguro mutual, como miembro que era de la Asociación Mutualista Magisterial.

Fallecida la testadora en 7 de octubre de 1946 el heredero Trivelli gestionó ante el Directorio de la Asociación el pago del seguro, no habiéndolo conseguido por las observaciones que se le hizo de que la testadora había dejado hermanos a quienes el Art. 18 del Estatuto de la Asociación de 21 de agosto de 1936 considera como herederos forzosos a falta de otros parientes más próximos, lo que motivó por Trivelli la iniciación del presente juicio ordinario con la demanda de fs. 6, para que se le abone como heredero universal de la testadora la cantidad de S/. 7,000.00, monto del seguro mutual correspondiente; juicio que seguido con la Asociación Mutualista y con las herederas de la testadora doña Josefa, Carolina, Ernestina y Sara Scabarrozzi Barreto en cumplimiento de lo mandado en Ejecutoria Suprema de fs. 34, y previos los trámites legales correspondientes, fue fallado en Primera Instancia a fs. 76 declarándose fundada la demanda: sentencia que revocada por la superior de vista de fs. 107 que la declara sin lugar, motiva el recurso de nulidad traído por el actor.

Si es verdad que el art. 18 de los Estatutos citados de la Asociación Mutualista Magisterial agregados a fs. 10, que concede derecho hereditario forzoso del seguro a los hermanos a falta de descendientes, ascendientes o cónyuge, pudiera estimarse que constituye excepción a la regla general sobre libre disposición de bienes, establecida en el art. 703 del C.C. citado al principio, pero si se tiene en cuenta que el Estatuto no es sino una mera resolución gubernativa, cuyas disposiciones no pueden prevalecer sobre la ley codificada, máxime que el C.C. que consigna aquella regla general, fue exedido con posterioridad y tres meses después de tal resolución, la que por lo mismo quedó de facto derogada por serle contradictoria, es evidente que el fallo superior recurrido que le da valor sobre las disposiciones del C.C., adolece de error y que el caso sub-judice debe contemplarse y resolverse con el criterio que lo ha hecho el Juez, descartando los derechos hereditarios atribuidos a las hermanas quienes, por lo demás, ni los han reclamado y ni siquiera se han hecho presentes en el juicio, y concediendo la plenitud del derecho materia del juicio al demandante don José Trivelli Reyes, amparando por la disposición testamentaria en que apoya su acción.

Por lo expuesto opino que procede declararse que HAY NULIDAD en

la sentencia recurrida de vista de fs. 107 revocatoria de la de primera instancia de fs. 76; y reformándola, confirmar esta que declara fundada la demanda.

Lima, abril 6 de 1951.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintitrés de julio de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento siete, su fecha seis de diciembre del año último, que revocando la de primera instancia de fojas setentisiete, su fecha doce de noviembre de mil novecientos cuarentinueve, declara sin lugar la demanda de fojas seis interpuesta por don José Trivelli Reyes; reformándola: confirmaron la apelada que declara fundada dicha demanda, y en consecuencia, que la Asociación Mutualista Magisterial pague al actor el importe del seguro mutual dejado por doña María Luisa Scabarrozzi Barreto, en su condición de heredero único y universal de ésta; sin costas; y los devolvieron.

Zavala Loaiza.— Frisancho.— Láinez Lozada.— Eguiguren.— Sayán.

Se publicó conforme a ley.— Francisco Velasco Gallo, Secretario.

A. J.— 1950; pag. 33

VI,3) *El testador puede disponer de la porción de libre disposición en favor de cualquier persona càpacitada para heredar.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Isabel Panizo y Lostaunau viuda de Picasso que falleció en esta ciudad el 14 de febrero de 1944 bajo la vigencia de su testamento público otorgado ante el Notario Córdova de 7 de octubre de 1938, el que en copia certificada corre a fs. 7, en el que instituyó como sus herederos a sus hijos legítimos Francisco, Antonio, Enrique, Humberto, María Asunción, Florencia, Clara y Victoria, dice en la cláusula quinta: "haciendo uso de la facultad

que me confiere la ley, dejo el tercio de mis bienes a mis hijas Clara Picasso de Concha y Victoria Picasso de Vegas, sin perjuicio de la legítima que les corresponde según la cláusula siguiente", en la que instituye como sus únicos herederos a sus ocho nombrados hijos que se repartirán los "dos tercios restantes de los bienes en partes iguales: es decir, un octavo de dichas dos terceras partes para cada uno".

Estimando que la disposición que contiene la trascrita cláusula 5a. en favor de doña Clara de Concha y de doña Victoria de Vegas, es constitutiva de la mejora dd que se ocupan los arts. 707 y 708 del C. Civil y que por lo mismo debe reducirse en beneficio a la proporción que el último establece, los herederos Dn. Francisco, Dn. Humberto y Dn. Antonio Picasso Panizo, interponen con este objeto y con el nombre de reducción de mejora contra las nombradas beneficiarias, la demanda de fs. 5, la que contestada negativamente por el apoderado de éstas en su escrito de fs. 10, afirmando no tratarse de mejora, sino de libre disposición autorizada por el art. 700 del mismo Código, y sustanciada la causa con arreglo a su naturaleza ordinaria, fue declarada sin lugar la demanda por sentencia de primera instancia de fs. 43, la que confirmada por la Superior de vista de fs. 77, con el voto discordante del señor Vocal Dr. Valdez Tudela, motiva el recurso de nulidad traído por los actores.

De los divergentes puntos de vista planteados y sustentados respectivamente por la demanda y contestación, se ve que la solución de la contienda consiste en saberse, si la libre disposición del tercio de los bienes de que se ocupa el art. 700 del C. Civil, puede hacerla el testador en favor de cualquier persona capacitada para heredar, sin distinción alguna o si están excluídos de ese beneficio los descendientes del testador instituidos, entre otros, como herederos.

La ley no consigna disposición alguna restrictiva o limitativa de esta facultad del testador en cuanto a la calidad o condición de la persona del beneficiario: lejos de ello, al establecer el citado art. 700 el derecho que le concede de disponer libremente de sus bienes, le da amplia facultad para hacerlo en favor de quien quiera que sea, y así no se explicaría que si puede y tiene el derecho de beneficiar de esta manera a extraños, estuviera privado de la facultad de hacerlo en favor de alguno o algunos de sus propios hijos que por motivos que tuviera fuera su voluntad beneficiarles de esta manera, al amparo de la disposición citada.

Por otra parte, es indiscutible que en aplicación de ella y por disposición del tercio en favor de quien quiera que fuera, la masa hereditaria para los herederos queda reducida a los dos tercios de los bienes del testador distribuíbles en el caso de autos en 8 partes iguales, como lo dispone el testamento, lo que no se habría observado ni discutido, caso de ser extraños los beneficiarios, ¿qué motivo legal ni de justicia puede existir para que si el beneficio se hace en favor de dos hijos del testador, los otros que en el primer caso no habrían sentido afectados ni mermados sus derechos con la octava parte de los dos tercios que les correspondía por herencia, ahora sí encontrarán deficiente su acción con esa misma parte?

El punto de vista de los demandantes de que no otra cosa que una mejora de su haber hereditario, en favor de los demandados, es lo que contiene la disposición de la cláusula quinta del testamento, no está apoyado ni por la letra propia de esa disposición, ni por el propósito que la inspira, ya que al establecer concretamente en la cláusula sexta que las dos terceras partes restantes de sus bienes, deducida la tercera de su libre disposición, se distribuirán en partes iguales entre sus ocho herederos, agregando para mayor claridad y precisión de su propósito que debe tocarles una octava de dichas dos terceras partes a cada uno, indica claramente la voluntad de la testadora que no entró en su propósito que se hiciera la reducción de que se ocupa el art. 708 para los casos de mejora, sino la percepción íntegra para sus hijas doña Clara y doña Victoria del tercio de sus bienes más el octavo de las dos terceras restante para cada una; o sea que cuando dice en la indicada cláusula quinta que hace uso de la facultad que le confiere la ley, se refiere al art. 700 sobre la libre disposición del tercio que él ampara y que la entrega en su integridad a sus dos nombradas hijas a las que beneficia, y no se refiere a los arts. 707 y 708 sobre mejoras, en cuyo caso sí habría procedido la reducción que prevé este último artículo que persigue la demanda.

Y como dentro de este propio concepto el Juez de Primera Instancia la ha declarado sin lugar por su sentencia de fs. 43, opino que procede declararse la NO NULIDAD de la recurrida de fs. 77 que la confirma.

Lima, noviembre 24 de 1949.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 18 de octubre de 1950.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce; con el voto escrito de los señores Vocales doctores Valdivia y Pinto, que rubricará el Secretario: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesenticuatro, su fecha veintitrés de junio de mil novecientos cuarentiocho, que confirmando la de primera instancia de fojas cuarentitrés, su fecha nueve de enero del mismo año, declara sin lugar la demanda de fojas cinco interpuesta por don Francisco Picasso Panizo a la señora Clara Picasso viuda de Concha y a la señora Victoria Picasso de Vegas, sobre reducción de mejora; condenaron en la multa de cuatrocientos soles y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— FUENTE ARAGON.— COX.— CHECA.— Francisco Velasco Gallo.— Secretario.

En la causa seguida por don Francisco Picasso y otros contra doña Clara Picasso viuda de Concha y otra, sobre reducción de mejora; mi voto, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, es porque NO HAY NULIDAD en la sentencia de vista, que confirma la apelada y declara infundada la demanda, con lo demás que contiene.— Lima, 10 de agosto de 1950.— PINTO.— Francisco Velasco Gallo.— Secretario.— Considerando: que el testador puede disponer hasta de uno de los dos tercios de sus bienes destinados a la legítima para mejorar a sus descendientes; que la porción de libre disposición que le concede el artículo setecientos del Código Civil se ha instituido para que pueda emplearla en beneficiar a los extraños; y constituyen una mejora la estipulada en la cláusula quinta del testamento de doña Isabel Panizo de Picasso debe reducirse a los límites fijados por el artículo setecientos ocho del mismo Código: mi voto es porque HAY NULIDAD en la sentencia de vista, y que reformándola y revocando la apelada, se declare fundada la demanda, y se reduzca la mejora a su límite legal.— Lima, doce de abril de mil novecientos cincuenta.— VALDIVIA.— Francisco Velasco Gallo.— Secretario.

Cuaderno No. 941.— Año 1949.— Procede de Lima.

SEMANARIO JUDICIAL No. 6.– 1963; pág. 86.

VI, 4) Caso de usudructo reprobado por la ley.

Causa No. 652/62, Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

D. Agustín Arizaga Romaní, otorgó testamento el 18 de octubre de 1948 ante el Notario Orrego, fs. 86; declara como sus herederos a su esposa Da. Justiniana Vargas y a sus hijos ilegítimos Agustín Arizaga Echevarría y Juan Arizaga Valerio. Dispone que mejora a su esposa con el tercio disponible legalmente. Declara como sus únicos bienes, una casa ubicada en el Jirón Mariscal Castilla 543/45 y otra casa en la Avenida Salmón 40/8, ambas en el Rímac, que corresponden en un 50°/o a su esposa, por derecho de gananciales; que la casa existente en Mariscal Necochea 405/9 es de exclusiva propiedad de su esposa, por haber comprado el terreno y construido la casa con dinero propio de su mujer; y que mientras viva su esposa disfrutará de la renta de ambas casas.

D. Juan Arizaga Valerio interpone demanda para que se declare la nulidad del testamento que desconoce sus derechos hereditarios; para que se declare nula la cláusula en que mejora a su esposa con el tercio de los bienes; y también para que se declare la nulidad del usufructo establecido en favor de la viuda; y para que se declare que la casa de la calle Necochea no es bien propio de la mujer y que debe ser considerado en el acervo hereditario. La sentencia recurrida por la viuda declara fundada la demanda en la parte que pide se deje sin efecto el usufructo establecido y que el bien existente en la calle Necochea no es bien propio de la cónyuge supérstite.

Si las partes están de acuerdo en que esa casa existente en Necochea se construyó y se adquirió el terreno durante la vigencia de la sociedad conyugal; y al no haber probado lo contrario, funciona plenamente la presunción legal del art. 158 del C.C. que reputa como bien común todos los de los cónyuges.

Dispone el art. 657 del C.C. que desde la muerte de una persona se trasmite la propiedad y la posesión de los bienes que constituyen la herencia. El art. 705 del mismo Código establece que sobre las legítimas no porá el

testador imponer gravamen, modalidad ni sustitución de ninguna especie. Resulta entonces que el usufructo establecido por el testador en favor de su esposa, de las dos casas sitas en Salmón y Mariscal Castilla, es contraria a la ley, y en este sentido, las sentencias inferiores que anulan esa disposición están ajustadas al derecho.

NO HAY NULIDAD en la parte recurrida de la sentencia de vista.

Lima, 11 de octubre de 1962.

Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, tres de julio de mil novecientos sesentitrés.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientas trece, su fecha diecisiete de abril de mil novecientos sesentidós, que confirmando la apelada de fojas noventitrés, su fecha cuatro de setiembré de mil novecientos sesentiuno declara fundada en parte la demanda de nulidad de testamento interpuesta a fojas una por don Juan Arizaga Valerio contra doña Justiniana Vargas y otro; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Señores: SAYAN ALVAREZ.– GARMENDIA.– TELLO VELEZ.– GARCIA RADA.– VIVANCO MUJICA.

Se publicó.– Tudela.

EJECUTORIAS DE DERECHO CIVIL.– Montenegro.–
t. XIV, 1964-66; p. 250
EJ. No. 4290.– TESTAMENTOS: NULIDAD: USUFRUCTO IMPUESTO SOBRE LA LEGITIMA DE UN HEREDERO.

VI,5) *El art. 705 del Código Civil es terminante. No puede el testador imponer gravamen ni modalidad de ninguna especie sobre las legítimas. Es nula la cláusula de un testamento que impone usufructo sobre la legítima del demandante.*

DICTAMEN FISCAL

Señor: Don Elías Ramírez Machuca ha interpuesto demanda contra doña Natalia Huayta Canales, viuda de su padre D. Benigno Ramírez Atoche, para que se declare la nulidad de su testamento otorgado ante el Notario Ernesto Velarde Arenas el 18 de Marzo de 1963, porque siendo él hijo ilegítimo y no pudiendo heredar la demandada por haber transcurrido sólo cinco meses y días de su matrimonio cuando falleció su nombrado padre ha dejado el único bien que constituye su patrimonio, en usufructo, durante sus días, a la demandada, debiendo reputarse válido el testamento anterior otorgado el 14 del mismo mes y año.

La demandada por su escrito de fojas 5, contesta la demanda en forma negativa y contradictoria. Sostiene que no hay inconveniente legal para que su esposa le haya dejado en usufructo la propiedad de la calle Bernardo Alcedo en Lince, de esta capital; que reconoce que no tiene derecho a heredar y que el demandante es dueño de la nuda propiedad de ese inmueble, asumiendo la integridad del derecho de dominio cuando termine los días de la demandada.

La sentencia recurrida revocando la de primera instancia ha declarado fundada la demanda en cuanto al testador instituye usufructo sobre la legítima del demandante.

El art. 705 del C.C. es terminante: no puede el testador imponer gravamen ni modalidad de ninguna especie sobre las legítimas. Imponer usufructo en poder de la demanda, sobre el único bien que constituye el acervo hereditario, constituye una infracción al precepto legal. Es, pues, nula la cláusula 5a. del testamento, copia de fojas 10, en cuanto impone gravamen usufructorio sobre la finca de la calle Alcedo.

El anterior testamento tiene el defecto de instituir como heredera, en concurrencia con el actor, que carece de vocación a tenor de lo dispuesto en el Art. 770 del C.C.

NO HAY NULIDAD.– Lima, 27 de Mayo de 1965.– Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 15 de Junio de 1965.– Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista, que revocando la apelada, declara fundada en parte la demanda de nulidad de testamento interpuesta a fojas una por don Elías Ramírez Machuca contra

doña Natalia Huayta Canales; y en consecuencia nulo el testamento en cuanto al testador instituye usufructo sobre la legítima del demandante, con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– MAGUIÑA SUERO.– EGUREN MEDINA PINON.– ARBULU.– ROLDAN.

APLICACION: 705 del C.C.– CONCORDANCIA: 755 a 757 y 770 del C.C.

(E. P. del 20 de Setiembre de 1965).

A. J.– 1965; p. 40.

VI,6) *El usufructo, acto de liberalidad de quien lo constituye, hecho a título gratuito, puede ser revocado porque no hay disposición legal que lo prohiba.*
La existencia de herederos forzosos hace incompatible la continuación del usufructo, porque va en perjuicio de la intangibilidad de la legítima, prevista por el Art. 705 del C.C.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Presbítero D. Britaldo Orrego Vargas, que falleció en esta Capital el 7 de Agosto de 1963, a la edad de 100 años, fs. 41, por escritura pública de 21 de Setiembre de 1953, fs. 1, constituyó usufructo de sus bienes inmuebles situados en la Provincia de Santa Cruz, en favor de Da. Manuela A. Calderón.

Por escritura pública de 3 de Enero de 1960, revocando su voluntad, declaró. sin valor ni efecto dicha constitución de usufurcto, porque la "conducta y comportamiento de la beneficiada había demostrado una deslealtad y abierta ingratitud", fs. 3.

En 2 de Diciembre de 1955, fs. 53, D. Britaldo Orrego otorgó testamento, disponiendo en la cláusula 4a. que todos los bienes que enumera pasen a poder de sus tres hijas Candelaria, Angélica y Zoila R. Orrego Espinoza, tan pronto deje de existir Da. Manuela A. Calderón.

Da. Manuela A. Calderón, por su escrito de fs. 6 interpone demanda contra D. Britaldo Orrego, para que se declare la nulidad de la escritura pública de revocación del usufurcto constituido en su favor, acto que califica

de arbitrario, teniendo en consideración que el usufructo al no haberse fijado plazo, termina con la muerte del usufructuario; y para que le pague la suma de S/. 30,000.00 que ha invertido en la compra y conservaciónde los bienes.

A fs. 13, el demandado mediante su apoderada, su hija Da. Zoila Orrego, contesta la demanda en forma negativa y contradictoria. Afirma que la actora jamás invirtió dinero suyo en la compra y conservación de los bienes, que por el contrario estos se están desvalirizando por el abandono que ha hecho la demandante que siendo anciano e incapaz de trabajar, no tuvo inconveniente legal para recuperar sus bienes, revocando la escritura de constitución del usufructo.

En curso el juicio, falleció el demandado, nombrándose defensor de su herencia a fs. 45, con quien ha proseguido la instancia.

La sentencia recurrida, revocando la de primera instancia ha declarado infundada la demanda.

El usufructo, acto de liberalidad de quien lo constituye, hecho a título gratuito, puede ser revocado, porque no hay disposición legal que lo prohiba.

Orrego, por testamento otorgado en Diciembre de 1955, 8 años antes de su muerte reconoció como a su s hijas, a Da. Candelaria, Da. Angélica y Da. Zoila Orrego Espinoza. La existencia de tales hijas hace incompatible la continuación del usufructo, porque va en perjuicio de la intangibilidad de las legítimas, prevista por el Art. 705 del C.C. si el acto de gratuidad que importa la constitución de lusufructo puede asimilarse a una donación, la disposición del Art. 1469 del C.C. dispone que nadie puede dar, por vía de donación, más de lo que puede hacerlo por testamento. La justicia inmanente está del lado de las hijas, que deben disfrutar de los bienes de su progenitor, sin la carga del usufructo, que, por no prohibirlo la ley, lo revocó y dejó sin efecto ulterior, por la escritura que se pretende anular.

NO HAY NULIDAD.

Lima, 17 de Junio de 1965.

Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, treinta de Junio de mil novecientos sesenticinco.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas setentisiete, su fecha

catorce de Enero del presente año, que revocando la apelada de fojas cincuentiocho, su fecha treinta de Mayo de mil novecientos sesentiocuatro, declara sin lugar la demanda de nulidad de revocación de usufructo interpuesta a fojas seis por doña Manuela Calderón contra don Britaldo Orrego; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– MAGUIÑA.– EGUREN BRESANI.– MEDINA PINON.– ARBULU.– ROLDAN.– Se publico conforme a ley.– Lizandro Tudela Valderrama. Secretario.

Causa No. 139/65. Procede de Lima.

R. J. P.– 1964; p. 124.

DIVISION Y PARTICION. LEGADOS. MEJORAS. TERCIO DE LIBRE DISPOSICION.– C. C. art. 700.

VI,7) Es válida la cláusula del testamento en que el causante declara que es su voluntad, de acuerdo con la facultad que le concede el art. 700 del C.C., disponer del tercio de libre disposición para beneficiar a sus hijos.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Víctor y don Luis Perochena, recurren de la parte de la sentencia de vista que revoca la de primera instancia que dispone que la división y partición se haga después de deducirse los legados y las mejoras instituidas a favor de doña Alicia y doña Laura Perochena, declarando que los legados deben deducirse del tercio de libre disposición y el saldo que resulte del referido tercio, se adjudique a las dos hijas citadas, debiendo dividirse los otros 2 tercios de la herencia, por partes iguales, quedando revocado el auto ampliatorio de fojas 119 vta.

Conforme consta del testamento que corre en copia certificada a fs. 22, el causante don Víctor Aníbal Perochena Belaúnde, que fue abogado declara que es su voluntad, de acuerdo con la facultad que le da la ley en sus arts. 700 y 707 del C.C., disponer del tercio de libre disposición, para beneficiar a sus hijas Alicia y Laura Perochena, por lo que la división y partición de los bienes fincados tiene que hacerse en partes iguales de los dos tercios de la herencia,

ya que todos los herederos concurren con igual vínculo y del tercio de libre disposición, después de deducirse los legados que ha instituido el causante, el saldo se adjudique en un 50°/o a las beneficiadas.

Evidentemente que el testador al disponer del tercio de libre disposición, no está mejorando, sino beneficiando, de lo contrario no hubiera conseguido en su testamento que su voluntad era disponer de su tercio de libre disposición. No se trata pues de mejorar, art. 707 del C.C.

Por estas consideraciones, estimo que la parte de la sentencia recurrida está arreglada a ley. NO HAY NULIDAD.

Lima, 14 de Mayo de 1964.

Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 24 de Mayo de 1964.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas 181, su fecha 4 de diciembre de 1963, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas 117, ampliadas a fojas 119 v., sus fechas 17 y 25 de octubre de 1962, declara que los legados deben deducirse del tercio de libre disposición y el saldo que resulte de ese tercio se adjudique a las dos hijas del causante doña Alicia Perochena Zúñiga y doña Laura Perochena Chirinos, debiendo dividirse los otros dos tercios de la herencia entre todos los hijos ilegítimos por parte iguales; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a las partes que lo interpusieron; y los devolvieron.— SAYAN ALVAREZ.— TELLO VELEZ.— ALARCON.— GONZALES.— MEDINA PINON.— Se publicó.— Tudela. Secretario.

R. de los T.— 1945; p. 41.

VI ,8) Validez de la condición impuesta a un heredero voluntario.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Humberto Córdova, demanda, por acción ordinaria (fs. 11) a doña

Ofelia Córdova de Loyola, para que se declare la caducidad de la herencia que le dejara su tío, don Juan Alvarado, y que se refiere la cláusula 15 del testamento que ést otorgó, el 15 de diciembre de 1922; y a esta demanda se acumuló, la iniciada, a fs. 97, por don Heli Loyola, heredero testamentario de su esposa, la citada doña Ofelia Córdova, sobre nulidad de la cláusula 16, del ya mencionado testamento; acción dirigida contra los otros herederos, hermanos Córdova.

Tramitadas ambas causas, se resuelven por la sentencia de fs. 18, en la que el Juez declara: Fundada la demanda de fs. 11, y que la herencia dejada por don Juan Alvarado a doña Ofelia Córdova de Loyola, ha caducado, y pasa a ser propiedad de los otros coherederos; e infundada la de fs. 97 referente a la pretendida nulidad de la cláusula testamentaria. Esta sentencia ha sido confirmada, con la vista de fs. 238, originando recurso de nulidad de fs. 239, concedido por auto de su vta.

La cuestión debatida está circunscrita a interpretar las cláusulas 15 y 16 del testamento a que se refiere el testimonio de fs. 183. En estas cláusulas, don Juan Alvarado, haciendo uso del derecho que le acordaba el art. 702 del C.C. derogado, instituyó como sus herederos a sus sobrinos, hijos de su hermana Margarita Carrión, llamados: Eulogoio, Humberto, Sofía, Claudelina, Carlos, Esther y Ofelia, casada, esta última, con don Helí Loyola; y estableciendo, que los herederos que falleciesen sin dejar hijos a quienes pudiera trasmitirse la herencia que les deja, pasará esta, a los hermanos legítimos del fallecido; quedando prohibidas, la venta de la herencia en cualquiera forma, así como que pasara a la administración de los maridos, aunque viveisen; y que si alguno de ellos aduce derecho que se oponga a su disposición, caducará, de hecho, la herencia, etc. Se sostiene, por Loyola, que la disposición de la cláusula 16, que acaba de citar, con referencia a los maridos, constituye una condición imposible de cumplir y contraria a la ley, por lo que no debe subsistir, conforme al art. 719 del acotado, y que además, está también incursa en la prohibición que determina el art. 703, inciso 2o. del mismo Código; pero hay error en este concepto; porque las condiciones que se establecen en la ya citada cláusula no pueden calificarse de imposibles de cumplir, ni contrarias a las leyes, ni a las buenas costumbres; ya que el testador, conforme al art. 714 del mismo Código, tuvo amplia facultad para poner dicha condición por tratarse de herederos voluntarios, y no forzosos; y las limitaciones a que se ha hecho referencia, no son ilícitas, ni inmorales, ni

constituyen herencia, en fideicomisos, sino una disposición condicional facultativa al testador, y que la misma favorecida, doña Ofelia, ha respetado, hasta que, transcurridos muchos años, otorgó su testamento, corriente a fs. 214, en el que instituía como heredero a su esposo don Helí Loyola, pero de lo que le era de libre disposición, no de aquello en que sólo tenía el usufructo, por no existir descendientes Loyola, con ese título de heredero demanda la nulidad de la precitada cláusula 16; y de ese mismo testamento, de doña Ofelia de Loyola, resulta comprobado que no tuvo descendencia en su matrimonio, de manera que al realizarse su fallecimiento, en octubre de 1942 (fs. 58) se realizó la condición establecida en el testamento de su causante, don Juan Alvarado, caducando la herencia para doña Ofelia, y pasando a acrecentar la de sus hermanos legítimos.

La sentencia recurrida que así lo deja establecido está arreglada a ley a mérito de lo actuado y opina el Fiscal que NO HAY NULIDAD en la misma.

Lima, noviembre 3 de 1944.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, noviembre 14 de 1944.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 238, su fecha 11 de enero de 1944, que confirmando la apelada de fs. 218, su fecha 13 de octubre del año anterior, declara fundada la demanda de fs. 11, interpuesta por el doctor Humberto Córdova, sobre caducidad de herencia, e infundada la demanda de fs. 97 iniciada por don Helí Loyola, sobre nulidad de cláusula testamentaria, con lo demás que contiene; condenaron en la multa de 200 soles y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— VALDIVIA.— BALLON.— PASTOR.— SAMANAMUD.— NOREIGA.— Se publicó conforme a ley.— J. Merino Reyna. Secretario.

Cuaderno No. 162.— Año 1944. Procede de La Libertad.

R. J. P.– 1955; p. 1581.

TESTAMENTO.– Herencia del cónyuge; menaje; subrogación real.

VI, 9) *1.– Caduca el testamento en cuanto atenta contra la legítima del cónyuge, la cual se estima que comprende los dos tercios de la herencia, y no obstante que el art. 704 del C.C. previene que dicha legítima es una cuota igual a la que le correspondía al cónyuge como heredero legal, por lo que concurriendo con hermanos en la herencia legal la cuota del cónyuge es la mitad de la herencia, conforme al art. 768 del mismo código.*

2.– Aún cuando algunos muebles o enseres, atendidas sus características, puedan reputarse como de lujo, deben ser incluidos dentro del menaje, el cual corresponde al cónyuge sobreviviente por disposición de la ley.

3.– Un predio es propio aun cuando dicha calidad no aparezca de su título, si se prueba que uno de los cónyuges lo adquirió con el importe que obtuvo con la enajenación de un bien de su exclusiva propiedad, por aplicación del art. 186 del C.C.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 699/52.– Procede de Lima.

Señor:

Doña Juana Ferreyros de Otiniano, falleció el 10 de abril de 1949, bajo el imperio de su testamento otorgado ante el Notario Villarán por escritura pública de 2 de mayo de 1932, en cuya cláusula tercera instituyó heredero usufructuario de sus bienes a su esposo don Adolfo Otiniano, y para el caso de fallecimiento de éste, dispuso que los bienes que dejaba pasaran en propiedad a su hermana doña Albina Ferreyros de Coppo, a quien para ese caso instituia como su única y universal heredera.

Fallecida la testadora, su hermana doña Albina Ferreyros de Coppo solicitó la seguridad de sus bienes, como aparece del cuaderno acompañado, en el que se practicó el inventario correspondiente.

La misma doña Rubina Ferreyros de Coppo ha interpuesto la demanda de fs. 1, para que se declare su derecho de dominio sobre los inmuebles dejados por la testadora en la Avenida San Miguel No. 250 y 705 del Distrito de San Miguel. El demandado don Adolfo Otiniano sostuvo que el único bien

habido en la sociedad conyugal lo constituye el signado con el No. 750, no así el otro, signado con los No. 268-74, que es bien propio de él, reconviniendo para que se excluyera del procedimiento sobre seguridad de herencia.

A fs. 11, el citado don Adolfo Otiniano demandó la exclusión de los inventarios de una pianola, 3 espejos, una caja de fierro antigua, una máquina de coser, una mesa de madera y una máquina de escribir, por constituir menaje de casa que le corresponde en su condición de cónyuge sobreviviente.

Por último, a fs. 60, el referido don Adolfo Otiniano ha demandado la nulidad de la cláusula 3a. del testamento de su esposa que se ha hecho mención, pues aquélla sólo podía disponer conforme al art. 700 del C.C., del tercio de sus bienes, reclamando el actor, como legítima, los dos tercios restantes.

Acumulados los 3 juicios a que acabo de referirme, han sido materia de la sentencia de Primera Instancia de fs. 103, confirmada por la de vista de fs. 132 vta., de la que recurre doña Albina Ferreyros de Coppo, adhiriéndose ante este Tribunal los herederos de don Adolfo Otiniano.

Las referidas sentencias resuelven que es nula la cláusula 3a. del testamento de doña Juana Ferreyros de Otiniano, en cuanto afecta el derecho de esposos a los dos tercios de la herencia; que a doña Albina Ferreyros le corresponde el tercio del 50°/o del inmueble No. 750 de la Avenida San Miguel; que el otro inmueble es bien propio del esposo, hoy de su testamentaría; que se deben excluir de los inventarios la máquina de escribir no así los demás muebles materia de la demanda acumulada; que a doña Albina Ferreyros de Coppo le corresponde el dominio del terreno del 50°/o de los demás bienes comunes, y que los otros dos tercios de ese 50°/o pertenecen, por legítimos, a don Adolfo Otiniano, hoy sus herederos.

La recurrida está arreglada a ley y al mérito de lo actuado.

Si bien es cierto que la testadora declaró su última voluntad en acto jurídico otorgado en el año 1932, su fallecimiento se produjo en el año 1949, su herencia debe regirse por el Código vigente, y no por el derogado, con arreglo a la norma del art. 1830 de aquél cuerpo de leyes, cumpliéndose en cuanto el actual Código lo permita las disposiciones testamentarias.

Y el actual Código sólo permite a quien tiene cónyuge, como ocurre en el caso de autos, disponer libremente del tercio de sus bienes. De manera que la cláusula 3a. del testamento de doña Juana Ferreyros de Otiniano, es nula en cuanto afecta el derecho del esposo sobreviviente al instituir como único

heredero a su hermana doña Albina que no es heredera forzosa.

Aparece de la escritura pública de 2 de enero de 1946, que don Adolfo Otiniano vendió por la cantidad de S/. 50,000.00, un bien propio situado en Trujillo, y que a los pocos días, el 28 del mismo mes y año, compró a la Compañía de Petróleo Patroni S.A., un inmueble situado en San Miguel, en la Avenida San Miguel Nos. 268-74, que tiene la misma calidad de bien propio a tenor de los arts. 186 y 187 del C.C.

En los invetarios se incluyeron los muebles materia de la demanda de exclusión de fs. 11.

Conforme a la última parte del art. 200 del C.C. no se incluirá en el inventario el menaje ordinario de casa, que se entregará al cónyuge sobreviviente. Dentro de este criterio, no tienen esa calidad, en el caso de autos, la pianola, los tres espejos de gran tamaño de luna biselada y marco de madera dorada, así como la mesa de madera tallada con mármol blanco, que constituyen objetos de lujo y no de simple comodidad.

Estoy de acuerdo con los fundamentos de la sentencia de Primera Instancia, por lo que soy de opinión que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la recurrida que la confirma.

Lima, 10 de noviembre de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dos de setiembre de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; en discordia concordada al momento de la votación por lo que se hace innecesaria la intervención del Señor Vocal dirimente: de conformidad en parte con el dictamen del Señor Fiscal, y considerando: que las especies muebles a que se refieren las sentencias inferiores corresponde considerarlas como menaje ordinario de casa y pertenecientes al cónyuge supérstite don Adolfo Otiniano de conformidad con lo que disponen los artículos ochocientos veinte y doscientos, segunda parte, del Código Civil: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento treintidós vuelta, su fecha veintidós de julio de mil novecientos cincuentidós en cuanto confirmando la apelada de fojas ciento tres, su fecha dieciséis de agosto de mil novecientos cincuentiuno declara fundada en parte la demanda de exclusión de bienes interpuesta a fojas once por don Adolfo Otiniano

contra doña Albina Ferreyros de Coppo; reformando y revocando la segunda en este punto declararon fundada en todas sus partes dicha acción y en consecuencia que deben excluirse del inventario de los bienes dejados por doña Juana Ferreyros de Otiniano una pianola, tres espejos, una caja de fierro antigua, una máquina de coser "Singer", una mesa de madera y una máquina de escribir: declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.– CHECA.– MAGUIÑA SUERO.– VALVERDE.– SERPA.– D. Ojeda del Arco. Secretario.

Por los fundamentos pertinentes de la resolución que antecede y considerando además: que conforme a lo que dispone el artículo setecientos cuatro del Código Civil la legítima del cónyuge es la cuota que le correspondería como heredero legal, por lo que tratándose de la concurrencia de éste con hermanos en herencia testamentaria, es de aplicación al caso de autos el artículo setecientos sesentiocho del mismo Código: mi voto es porque se declare HABER NULIDAD en la sentencia de vista en cuanto declara fundada en todas sus partes lademanda de fojas sesenta sobre nulidad de cláusula testamentaria y fundada en parte la de fojas once sobre exclusión de bienes y porque reformándola y revocando la de Primera Instancia en estos puntos se declare fundada en parte la primera y en todas sus partes la segunda y en consecuencia que corresponde a don Adolfo Otiniano el cincuenta por ciento de los bienes que constituyen la herencia de su cónyuge doña Juana Ferreyros de Otiniano y que debe excluírse del inventario los bienes que son materia de la demanda de fojas once; y NO HABER NULIDAD en lo demás que dicha sentencia contiene. SAYAN ALVAREZ.– Se publicó.– Dagoberto Ojeda del Arco.– Secretario.

A. J.– 1968; p. 134

VI,11) *Son nulas las cláusulas del testamento en la parte en que exceden al tercio de libre disposición a que tiene derecho el testador.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Carlos H. Quiroz, interpone demanda contra doña Celia Calderón Vda. de Paredes, sobre reivindicación de una casa, que la demandada, sin ningún derecho la está ocupando, bien que está situado en la Avenida Los Incas, antes Atahualpa, de la ciudad de Trujillo, inmueble que lo adquirió por herencia. Apoya su demanda en los arts. 831 y 841 del C.C.

Doña Celia Calderón Vda. de Paredes, por recurso de fojas 20, niega los fundamentos de la demanda de fojas 3, alegado que el bien, que su esposo don Andrés Paredes, compró, es un inmueble adquirido durante la sociedad conyugal, por lo que tiene la calidad de bien común; que por esta razón, no ha podido legar por testamento, al accionante, la casa y media, predio que el que fue su esposo, lo adquirió para su hija Victoria Paredes y Cavero; que ante tal situación reconviene para que se declare la nulidad de las cláusulas 2o. y 6o. del testamento, por el cual se lega al actor, la casa y media, ya que sólo el testador podía disponer de su tercio libre.

Don Carlos H. Quiroz, interpone la excepción de prescripción, respecto a la reconvención.

Con el acompañado sobre declaratoria de herederos, queda acreditado el derecho que le asiste a doña Celia Calderón Vda. de Paredes. Que probado que la demandada fue la cónyuge de don Andrés Paredes el legado que dispuso en su testamento de fojas 12 y 14, a favor de su nieto, don Carlos H. Quiroz, resulta nulo, porque el testador dispuso de bien ajeno, en razón de que a la cónyuge supérstite le correspondía un 50%, de los bienes dejados, entre ellos la casa y media, materia del legado, por lo que el accionante no tiene nada que reivindicar, más aún si se tiene en cuenta que don Andrés Paredes, adquirió el predio para su hija Manuela Victoria Paredes Cravero, como se ha probado con el testimonio de fojas 14.

La excepción de prescripción de la acción, no puede prosperar, porque no es de aplicación al caso el inc. 3o. del art. 1168 del C.C., prescripción que tampoco podría declararse fundada, porque no corre en los bienes proindivisos.

Estimo que los fallos de primera y segunda instancia, que desestiman la demanda y estiman la reconvención, están arreglados a ley.

NO HAY NULIDAD.

Lima, 19 de Agosto de 1968.

Ponce Sobrevilla.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de Octubre de mil novecientos sesentiocho.

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal; y considerando: que si bien la cláusula sexta del testamento que corre a fojas catorce y la primera del testamento que obra a fojas doce, que corresponden al causante don Andrés Paredes Vides y por las cuales adjudica a su nieto Hermógenes Quiroz Paredes bajo la denominación de tercio de libre disposición la integridad de la masa hereditaria, también lo es que este exceso no puede traer consigo la total invalidez de dicha disposición testamentaria, sino en cuanto afecta a los derechos de la cónyuge y demás herederos declarados judicialmente; que en consecuencia, sólo son nulas las cláusulas de los testamentos indicados en la parte en que se exceden al tercio de libre disposición a que tenía derecho de disponer el causante conforme al artículo setecientos del Código Civil: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento dieciséis, su fecha cuatro de Enero del presente año, en cuanto confirmando la apelada de fojas noventisiete, su fecha quince de Noviembre de mil novecientos sesentisiete, declara fundada la reconvención formulada a fojas veinte por doña Celia Julia Calderón viuda de Paredes, en los seguidos con don Carlos Quiroz Paredes, sobre nulidad de cláusula testamentaria y reivindicación; reformando la recurrida y revocando la apelada en este extremo: declararon fundada en parte dicha reconvención y en consecuencia, que las cláusulas testamentarias impugnadas son nulas sólo en cuanto se exceden en el tercio de libre disposición; declararon no haber nulidad en lo demás que contiene; y los devolvieron.— MAGUIÑA SUERO.— VIVANCO MUJICA.— PERAL.— CARRANZA.— NUÑEZ VALDIVIA.— Se publicó.— Luis Meneses Marroquín. Secretario Accidental.—

Cuaderno No. 70.— Año 1968.— Procede de La Libertad.

VI.— LAS LEGITIMAS Y LA PORCION DE LIBRE DISPOSICION

La ejecutoria VI,1) de 10 de octubre de 1966, establece que puede instituir una persona la libre disposición de sus bienes en favor de su cónyuge, así existan gananciales y aunque se haya denominado como mejora dicha disposición, interpretándose rectamente la verdadera voluntad del testador. El tercio de libre disposición puede instituirse en favor de cualquier persona, ya

sea heredero forzoso o no lo sea del testador, y en el caso del cónyuge no es impedimento el que tenga derecho o gananciales. La ejecutoria pues consagra la regla al respecto, que está instalada en el art. 700. La interesante de la ejecutoria es que aun cuando la declaración testamentaria hable de mejoras, se estimó que realmente no se trataba de una mejora, aplicándose el principio de *plus es in re quam in nomine.* No podía pensarse que realmente se tratare de una mejora, pues esta sólo puede presentarse en favor de hijos o descendientes del "de cujus".

La ejecutoria VI,3) de 18 de octubre de 1950, reconoce que se puede otorgar el beneficio de libre disposición cuando el causante deja como herederos hijos, otorgando la porción disponible a uno de ellos, o sea, que la libre disposición puede ser otorgado a cualquier persona (que no sea indigna), ya sea heredera forzosa, o heredera simplemente legal, o sin tener ningún vínculo hereditario *ex lege* con el causante. Es decir, que la calidad personal del sucesor en relación al causante no es óbice para que pueda gozar como beneficiario de la porción de libre disposición; en otras palabras es posible la coexistencia de los dos modos de vocación, testamentaria y legal, naturalmente dentro del límite establecido en cuanto a la primera. Esta coexistencia viene a significar en el derecho moderno, que no se acepta el principio de exclusividad que aparecía en le derecho romano con la regla de *nemo por parte testatis, exparti intestatus decedere potet.*

Por la ejecutoria VI,2) de 23 de julio de 1952 se falló en el sentido de declarar funddada una demanda, en cuanto el demandante como heredero voluntario universal, a falta de herederos forzosos indicados en los arts. 700 y 701, o sea, en base del art. 703, reclamó lo que dejaba su causante por el seguro mutual como miembro de la Asociación Mutualista Magisterial. El debate judicial se originó porque conforme al Estatuto de dicha Asociación se establecía que los hermanos como herederos forzosos podían reclamar tal seguro, resolviendo la ejecutoria que tenía que prevalecer lo que se dispone en el art. 703, sobre el derecho de libre disposición cuando el causante no tiene herederos necesarios, ni revistiendo este carácter los hermanos. Es decir que prevalese el criterio favorable a un *heres extraneus,* por no haber legitima en favor de herederos forzosos.

La ejecutoria VI,4) de 3 de julio de 1963, aplica lo ordenado en el art. 705, sobre la improcedencia de establecer modalidad en cuanto afecte las legítimas de los herederos. Aunque no aparece claro de la vista fiscal y de la sentencia en que punto de la demanda planteada por el hijo del testador,

consideró que ella (la demanda) se fundaba. si en cuanto el usufructo que estableció el testador, en favor del cónyuge, o si sobre la asignación de un tercio de libre disposición, hay que pensar que quiso referirse a la primera y no a la segunda. En efecto, el tercio de libre disposición como una *quaestio voluntatis* vinculada al testador no atenta contra la legítima, porque ésta precisamente es la porción hereditaria que es inafectable, deducida de la porción que puede disponer el causante. La constitución de usufructo si afecta a la legítima, en cuanto los herederos legitimarios quedan postergados en el goce de los bienes, hasta que termine el usufructo constituido en favor de un determinado usufructuario, o sea, que se da el caso de un acto modal, por la interferencia de un plazo suspensivo para que los herederos entren en posesión de la herencia.

La ejecutoria VI,6) de 30 de junio de 1965, contiene una decisión discutible, El asunto se refiere a un usufructo constituido en favor de una persona, que después se revocó habiéndose otorgado testamento en favor de los tres hijos ilegítimos del causante. La usufructuaria interpuso demanda impugnativa de la revocación y a la muerte del demanddado no se había resuelto la demanda que se resolvió d después, declarándose fundada la demanda, o sea, que porcedía la revocación a parecer ser pertinente el detenerse en la consideración expuesta en la vista fiscal, sobre que con la muerte del autor del usufructo es incompatible la subsistencia de éste, por haber herederos forzosos, debiendo funcionar el art. 705, sobre la no admisibilidad de modalidades que se constituyen para que comiencen a surtir efecto después de la muerte del causante, pero nada tiene que ver con los actos anteriores producidos para que surtan efectos antes de la muerte de quien la constituye. Si no, se estaría contra el principio de que desde la muerte, es decir a partir de ese momento, se transmiten los derechos y bienes que en ese momento, por lo tanto, pertenecen al *de cujus,* sin efecto retroactivo en cuanto a limitaciones establecidas sobre derechos dominicos perteneciente a éste, como sería el caso de un usufructo o, por ejemplo, de una servidumbre establecida con carácter temporal. Estas limitaciones no se disuelven por la muerte del que vida las constituyó. El derecho hereditario sólo permite obtener al heredero *quod defuntus habet,* y de otro modo estaría obteniendo más de lo que tenía en el momento del deceso del causante, como su heredero.

La ejecutoria VI,8), 14 de noviembre de 1944, aunque aplicando el Cod. anterior, tiene interés, pues sustenta el principio que contiene el art. 705

del Cod. vigente. Se trató de un testamento otorgado el 15 de diciembre de 1928 (bajo la vigencia, pues, del Cod. anterior), en el cual se designó como herederos a sobrinos (hermanos entre sí) del testador, estableciéndose determinada modalidad en dicho testamento: que si fallecía uno de los herederos sin tener hijos, pasase su cuota hereditaria a los otros herederos. La ejecutoria atribuyó validez a esa modalidad, por referirse a herederos que no eran reservatorios, de modo que era aplicable el art. 714 del Cod. anterior que permitía la estipulación de modalidad tratándose de heredero voluntario, mientras que en el art. 713 la prohibía para los herederos forzosos. En el fondo es lo mismo que resulta por la aplicación del art. 705 del Cod. vigente.

La ejecutoria VI,9), de 18 de octubre de 1950, decidió que la madre podía disponer del tercio de libre disposición en favor de algunos de sus hijos legítimos. La cuestión debatida fue si cabía esa disposición del tercio de libre disposición tratándose de descendientes, o si ello debía ser apreciado como una institución de mejora, a que se refiere el art. 707. Las dos figuras son diferentes. El tercio de libre disposición puede ser conferido a cualquiera persona, trátese de un *heres necessarius,* en este caso hijos, o herederos simplemente legales y no legitimarios, o de persona extraña. La mejora sólo puede ser establecida en favor de descendientes, independientemente de la disposición del tercio de libre disposición. La declaración *in casu* fue que se otorgaba el tercio como libre disposición: la *voluntas testantis* fue expresa al respecto. Así, pues, prevaleció el criterio de que la calidad personal del sucesor en relación al causante, no es óbice para que pueda gozar con el beneficiario de la porción de libre disposición; en otras palabras, es posible la coexistencia de los modos de vocación testamentaria y legal, inclusive la de *heres necessarius,* naturalmente dentro del límite establecido en cuanto a tal libre disposición. Esta coexistencia viene a significar en el derecho moderno, que no se acepta el principio de exclusividad que aparecía en el derecho romano, con la regla de *nemo pro parte testatis, exparti intestatus decedere potest,* antes ya citada.

La ejecutoria VI,10), de 2 de setiembre de 1954, resolvió una cuestión consistente en un testamento de doña Juana de Otiniano, por el cual instituyó como heredera usufructuaria a su marido, don Alfonso Otiniano, y para el caso de fallecimiento de éste dispuso que la propiedad de los bienes del caudal hereditario pasaran en propiedad a su hermana Albina Ferreyros. El marido solicitó la nulidad del testamento, invocando el art. 700 y el

derecho a la legítima de los dos tercios. La ejecutoria declaró fundada la demanda. El cónyuge en mérito del art. 700 es heredero reservatorio. Así en cuanto dejó la causante toda la herencia a la hermana, con la modalidad del usufructo antes mencionada, obró contra ley. La ejecutoria resolvió bien, al declarar herederos al marido y a la hermana del *de cujus,* por partes iguales, conforme al art. 768. Esta ejecutoria corrige el error consistente en confundir legítima con *pars* legal, y de ahí lo acertado del primer párrafo que aparece en la sumilla. No interesa mayormente que en el caso presente no se hubiese dispuesto del tercio de libre disposición. Lo relevante es que se consideró el funcionamiento del art. 768.

CAPITULO VII

LAS MEJORAS

R.J.P.– 1957; p. 462

DIVISION Y PARTICION DE HERENCIA.– Mejoras.– Concurrencia de hijos legítimos con ilegítimos.

VII,1) *1.– Se considere como mejora a la parte de la herencia que se deja a un hijo más allá de lo que le corresponde como legítima.*
2.– No es nula la cláusula testamentaria por la que se adjudica al hijo ilegítimo la misma participación que al legítimo en la masa hereditaria, siempre que la mejora que recibe aquél no exceda del tercio de libre disposición.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 118/54.– Procede de Junín.

Señor:

En el presente juicio seguido por don Benito Ramos y otros con doña María Ramos de Sanabria sobre división y partición, por auto de fs. 179 vta. se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por el cónyuge de la demandada, contra la sentencia de vista de fs. 177 vta. que confirmando la sentencia de Primera Instancia de fs. 150 vta. y auto ampliatorio de fs. 154, declara fundada la demanda de fs. 1; infundada la fs. 94; con lo demás que contiene.

Con la prueba actuada se ha acreditado que los bienes materia de la partición son dos: uno nombrado "Esperanza" o "Umuto" y otro también llamado "Umuto", los que pertenecieron a doña Dominga Cosme, quien en su testamento, que en testimonio obra a fs. 19, dispuso la proporción en que dichos bienes deben dividirse entre los herederos que nombra. Según el referido testamento, el terreno de menor extensión llamado "Umuto" debe corresponder a las dos hijas de la testadora, llamada María Ramos de Sanabria y Lucía Lora de Aliaga, entre quienes debe dividirse en partes iguales dicho terreno por considerar que el citado bien es propio de la testadora. El otro terreno, de mayor extensión, llamado "Esperanza", es evidente que no puede dividirse en la totalidad de la extensión indicada en la demanda y en el citado testamento, porque según aparece de lo actuado, don Benito Ramos y la testadora doña Dominga Cosme dispusieron de parte del mismo, por medio de las ventas que efectuaron a las que se refieren las escrituras que corren a fs. 22 y fs. 24. Haciendo la deducción de las partes vendidas, el citado terreno queda

limitado a 22.267.23 metros cuadrados. De esta extensión corresponde la mitad a don Benito Ramos en concepto de gananciales y una cuarta parte de la otra mitad, en concepto de legítima, según lo dispone la propia testadora. La parte de don Benito Ramos a su vez debe dividirse en dos partes iguales, una para don Silvio Lagos M. por compra hecha, según escritura de fs. 26; y las tres cuartas partes de la otra mitad deben dividirse en dos partes iguales entre las hijas de doña Dominga Cosme, debiendo considerarse el exceso que corresponde a la hija ilegítima, como mejora. Como el exceso de la legítima de la hija natural, no es mayor que el tercio de libre disposición, la demanda de fs. 94, sobre nulidad de cláusula testamentaria debe declararse sin lugar, y fundada la demanda incoada a fs. 1.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista, opino que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido.

Lima, 3 de mayo de 1954.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, siete de diciembre de mil novecientos cincuentiséis.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento setentisiete vuelta, que confirmando la apelada de fojas ciento cincuentitrés y auto ampliatorio de fojas ciento cincuenticuatro, sus fechas diecisiete y diecinueve de agosto del mismo año declara fundada la demanda de fojas una y ordena que los bienes materia de la acción se dividan en la siguiente proporción: el bien denominado "Umuto" por partes iguales entre los dos hijos de la testadora llamadas María Ramos de Zanabría y Lucía Lora de Aliaga; y el terreno "Esperanza" tres octavas partes para don Benito Ramos otras tres octavas partes para don Silvio Matos Lagos, y una octava parte para cada una de las mencionadas hijas; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— EGUIGUREN.— BUSTAMANTE CISNEROS.— GARMENDIA.— ALVA.— TELLO VELEZ.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

R.J.P.– 1958; p. 869

NULIDAD DE CLAUSULA TESTAMENTARIA.– Responsabilidad de la sociedad conyugal

VII,2) *1.– Las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad conyugal no pueden ser asumidas íntegramente por uno de los esposos, en detrimento de la masa hereditaria, salvo que se hubieran contraído para cancelar una deuda particular.*
2.– El testador puede favorecer a uno de sus herederos, tanto con el tercio de libre disposición como con el de mejoras.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1248/57.– Procede de Arequipa.

Señor:

En el presente juicio seguido por don Dionisio Izquierdo con doña Francisca Rodrigo viuda de Izquierdo sobre nulidad de cláusulas testamentarias, por auto de fs. 157 vta. se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por la demandada al que se ha adherido el actor, contra la sentencia de vista de fs. 142 vta. y complementaria de fs. 153 vta. que confirmando en una parte y revocando en otra la de Primera Instancia de fs. 57, declara fundada, en parte la demanda de fs. 1 y, en consecuencia, nula la cláusula en la que, el testador don Simón Izquierdo Delgado reconoce como exclusiva y personal la deuda a favor del Banco Hipotecario del Perú, con lo demás que contiene.

La sentencia recurrida está arreglada a ley y al mérito de lo actuado, pues el crédito a favor del Banco Central Hipotecario del Perú fue contraído cuando ya estaba vigente la sociedad legal derivada del matrimonio celebrado por don Simón Izquierdo Delgado con la demandada doña Francisca Rodrigo; por lo que, es evidente que dicha obligación corresponde a la sociedad. No se ha probado que el indicado crédito sea anterior al matrimonio Izquierdo Rodrigo y por el contrario, de la propia confesión prestada por la demandada a fs. 31, aparece que esa deuda fue contraída cuando ya estaba casada con do Simón Izquierdo. La transacción copiada a fs. 47, es insuficiente para acreditar que fue obligación exclusiva del testador; por lo cual, de conformidad con lo dispuesto por la primera parte del artículo 194, del C.C. la citada obligación es de la sociedad legal Izquierdo Rodrigo y no exclusivamente del testador, siendo por ello, nula la cláusula testamentaria, en

la que se declara lo contrario. La cláusula del mismo testamento en virtud de la cual, don Simón Izquierdo instituye en favor de su cónyuge, un legado del quinto de sus bienes, no adolece de causal de nulidad, ya que el tercio de libre disposición a que se refiere el artículo 700 del C.C. y el tercio para mejorar, que permite el art. 707 del mismo Código, son institutos diferentes, de los que, el testador puede hacer uso conjuntamente y en el caso sujeto a materia don Simón Izquierdo ha dispuesto válidamente en favor de su esposa sobreviviente, del quinto de sus bienes, disponiendo de la porción de libre disposición.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la recurrida, opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, 13 de enero de 1958.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diecisiete de mayo de mil novecientos cincuentiocho.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal; y considerando además: que según aparece de las liquidaciones de fojas ciento nueve y fojas ciento doce el mutuo hipotecario por la suma de quince mil soles y su ampliación por ocho mil setecientos noventiséis soles dos centavos los celebró don Simón Izquierdo Delgado con el Banco Central Hipotecario del Perú por escrituras públicas de dos de diciembre de mil novecientos cuarentiuno y once de julio de mil novecientos cuarentidós vigente el matrimonio con doña Francisca Rodrigo con quien casó en segundas nupcias el año mil novecientos trece; que ésta no ha podido acreditar que el importe del citado mutuo y su ampliación sirviera para que don Simón Izquierdo pagara deudas anteriores a su segundo matrimonio, o sea la que reconoció en la escritura de partición de dieciséis de febrero de mil novecientos veinticuatro celebrada con sus hijos habidos en su primer matrimonio, a favor de dos de ellos Juan Manuel y María Manuela Eugenia Izquierdo Pomelo; que en lo que respecta al documento de fojas noventitrés, por el que don Simón Izquierdo el quince de mayo de mil novecientos treintiséis reconoce deber a su hijo don Dionisio Izquierdo la cantidad de nueve mil seiscientos soles, que fue pagada el veinte de enero de mil novecientos cuarentidós, cabe considerar que dicha deuda fue contraída y cancelada también durante el matrimonio del deudor con doña

Francisca Rodrigo, y que ella no tiene vinculación alguna con la partición celebrada por escritura de doce de febrero de mil novecientos veinticuatro, acto jurídico este último en el que citado don Dionisio Izquierdo recibió su legítima materna íntegra, sin que su padre le quedara adeudando suma alguna; que la transacción judicial realizada entre los esposos Simón Izquierdo y Francisca Rodrigo de Izquierdo, aprobada por auto de veintisiete de mayo de mil novecientos cuarentidós, carece de eficacia por sí sola para estimar como deuda propia del esposo los créditos a favor del Banco Central Hipotecario del Perú contraídas durante la vigencia de la sociedad conyugal; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas ciento cuarentidós, su fecha veintitrés de julio de mil novecientos cincuentisiete y complementaria a fojas ciento cincuentitrés vuelta, su fecha nueve de setiembre del mismo año que confirmando en una parte y renovando en otra la de Primera Instancia de fojas cincuentisiete su fecha cinco de diciembre de mil novecientos cincuenticinco, declara fundada en parte la demanda de fojas una y, en consecuencia, nula la cláusula en la que el testador don Simón Izquierdo Delgado reconoce como exclusiva y personal, la deuda a favor del Banco Hipotecario del Perú; con lo demás que contiene: condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso y los devolvieron.– BUSTAMENTE CISNEROS.– ALVA.– TELLO VELEEZ.– VALDEZ TUDELA.– GARCIA RADA.– Se publicó.– Walter Ortiz Acha.– Secretario.

R.J.P.– 1964; pag. 121

NULIDAD DE CLAUSULA TESTAMENTARIA.– Incapacidad alegada.– Tercio de libre disposición.

VII,3) *Habiéndose probado que el causante otorgó su testamento en completa lucidez mental, distribuyendo sus bienes según los mandatos de la ley, y que la voluntad del testador ha sido la de emplear únicamente el tercio de libre disposición a favor de sus hijos con la limitación que aparece en una de las cláusulas del testamento que otorgara, es infundada la demanda sobre nulidad del mismo.*

favor de mis hijos", para agregar en la cláusula quinta y sin hacer ninguna referencia al tercio de mejoras "en ejercicio de semejante facultad legal mejoro a mis tres mencionados hijos... en el máximum que permite la ley" especificando que a cada uno de los mismos otorga el doble de la legítima que corresponda a los hijos no mejorados; y que en esta virtud resulta evidente que la voluntad del testador ha sido la de emplear únicamente el tercio de libre disposición a favor de tres de sus hijos con la limitación que señala en la referida cláusula quinta: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas 258, su fecha 7 de enero del presente año, en cuanto revocando la apelada de fojas 231, su fecha 20 de Mayo de 1963, declara que el testador ha dispuesto del tercio de libre disposición y del tercio de mejoras en favor de sus hijos Rufino Aspiazú, María Dolores Aspiazú de Carrillo y Luis Guillermo Aspiazú; reformando la recurrida y revocando la apelada en este extremo; declararon que dichos herederos sólo están beneficiados con el tercio de libre disposición en la proporción y en el límite que señala el testador; declararon NO HABER NULIDAD en la recurrida en la parte que confirmando la de primera instancia declara infundada la demanda respecto a la nulidad del testamento por incapacidad del testador, dolo, engaño y violencia interpuesta a fojas una por don Manuel Aspiazú Saco y otros contra don Rufino Aspiazú y otros; sin costas; y los devolvieron.– SAYAN ALVAREZ.– TELLO VELEZ.– VIVANCO MUJICA.– ALARCON.– MEDINA PINON.

R.J.P.– 1967; p. 322

NULIDAD DE TESTAMENTO.– Son válidas las cláusulas que acumulan en un heredero el tercio de libre disposición y mejoras.– Es nula la que dispone que el haber de un heredero se entregue en dinero efectivo.

VII,4) *1.– No es nulo el Testamento por el que el tercio de libre disposición se adjudica en legados a los nietos del testador, hijos del heredero que fue mejorado con el íntegro del tercio de mejoras.*

2.– La limitación del Art. 709 del C.C. no comprende al tercio de libre disposición, del cual el testador puede disponer libremente, pues dicha limitación se contrae únicamente a la

acumulación de la legítima con la mejora.
3.– En cambio si es nula, por aplicación del Art. 705 del C.C., la cláusula testamentaria que dispone que la legítima de uno de los herederos debe entregársele endinero efectivo, pues los bienes hereditarios deben ser sometidos a la división y partición correspondiente.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 42/65.– 1ra. Sala.– Procede de Puno.
Señor:

El Juzgado de Primera Instancia de Puno, por sentencia de fs. 414 ha declarado fundada en parte la demanda interpuesta por doña Felipa Calatayud Ríos contra doña Aurora Calatayud Ríos y otros, sobre nulidad de cláusula testamentaria. Apelada dicha sentencia, el Tribunal Superior, por la de vista de fs. 472, la confirmó. Contra esta resolución, se ha interpuesto recurso de nulidad.

Aparece de lo actuado que, por recurso de fs. 1, doña Felipa Calatayud Ríos , interpone demanda contra doña Aurora Calatayud Ríos y sus hijos Martín Elena, Guillermo y Bernardino Mestas Calatayud, sobre nulidad de las cláusulas testamentarias dictadas por su finado padre don José Uberto Calatayud Sánchez, en cuanto instituye como legatorios a sus nietos, los demandados Martín Mestas Calatayud y otros, entregándoles el tercio de libre disposición, y en cuanto mejora, con el íntegro del tercio de mejoras a la demandada, Aurora Calatayud, siendo así que ambas son hermanas e hijas ilegítimas del causante, ya que dichas disposiciones testamentarias son contrarias a la ley, y se explica por la mala fe de los demandados y la sugestión en que procedió el testador. Por recurso de fs. 11, doña Aurora Calatayud niega y contradice la acción, manifestando que su causante procedió de acuerdo a las facultades que le otorga la ley. Por auto de fs. 8, se dio por contestada la demanda, en rebeldía de los demandados Guillermo y Elena Mestas Calatayud y, por auto de fs. 79 vta. se dio por contestada, en rebeldía de los demás demandados. Examinando la prueba actuada es de advertir que, con el testimonio de escritura pública que corre a fs. 465, respecto del testamento otorgado por don José Ugarte Calatayud Sánchez, se ha probado que, en efecto, en sus disposiciones testamentarias, ha legado para sus nietos, los demandados Martín Mestas Calatayud y otros, el tercio de libre

disposición y que, igualmente, con el tercio de mejoras ha mejorado el haber hereditario de su hija Aurora Calatayud Ríos, disponiendo a la vez, que la parte que le corresponde a la demandante, sea entregada en dinero efectivo. Que, no hay disconformidad, en cuanto a la calidad de herederos de la demandante, doña Felipa Calatayud Ríos y la demandada, Aurora Calatayud Ríos, siendo ambas ilegítimas del causante, por lo que, la facultad que ha hecho uso el testador, para otorgarle su tercio de mejoras está arreglado a ley, con arreglo a lo previsto por el art. 700 del acotado, el testador ha dispuesto libremente del tercio de libre disposición, otorgándole en favor de sus nietos, los demandados Mestas Catalayud, ya que no hay prohibición legal para ello. En cuanto a la modalidad establecida por el testamento, de que debe entregarse en dinero efectivo la parte hereditaria que corresponde a la demandante, es contraria a la disposición contenida en el art. 705 del mismo Cuerpo de Leyes, por lo que, en esta parte, la demanda es fundada, pues los bienes hereditarios deben ser sometidos a la división y partición correspondiente para la respectiva entrega de haberes y legados.

En atención a lo expuesto, este Ministerio es de opinión que se declare NO HABER NULIDAD en la recurrida que, confirmando la apelada, declara fundada en parte la demanda.

Lima, 22 de julio de 1965.

Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, cinco de agosto de mil novecientos sesenticinco.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; y considerando además, que la limitación establecida por el artículo setecientos nueve del Código Civil se contrae a la acumulación de la legítima con la mejora sin comprender la cuota de libre disposición que puede ser dispuesta en legados por el testador declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuatrocientas setentidós, su fecha veintidós de octubre de mil novecientos sesenticuatro; que confirmando la apelada de fojas cuatrocientas catorce, su fecha diez de setiembre de mil novecientos sesentidós, declara fundada en parte la demanda de nulidad de cláusula testamentaria interpuesta a fojas una por doña Felipa Calatayud Ríos contra doña Aurora Calatayud Ríos y otros; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso

y, en la multa de seiscientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– MAGUIÑA SUERO.– EGUREN.– MEDINA PINON.– ARBULU.– ROLDAN.– Se publicó.– Lizandro Tudela Valderrama.– Secretario.

A. J.– 1972; p. 99
JUICIO DE DIVISION Y PARTICION.–

VII,5) *1.– Declarada, por sentencia ejecutoriada, la no nulidad de un testamento, no puede promoverse otro juicio sobre nulidad total o de alguna de las cláusulas del referido testamento, por el principio de la cosa juzgada.– Art. 1082 C. de P.C.*
2.– Conforme al art. 707 del C.C. la mejora con que el testador puede beneficiar a sus descendientes debe hacerse con uno de los dos tercios destinados a legítima, o sea, después de deducido el tercio de libre disposición.
C. 1295-71-Ayacucho.

Lima, siete de Junio de mil novecientos setentidós.–

VISTOS; con los acompañados; por sus fundamentos pertinentes; y Considerando: que la sentencia ejecutoriada su fecha veinte de marzo de mil novecientos sesentinueve, pronunciada en los autos sobre nulidad seguidos por doña María Delia Ruiz de Castilla Galindo viuda de Sumary con doña María Tránsito Eyzaguirre Romero y doña Lidia Sumary Eyzaguirre, declaró infundada la demanda de nulidad del testamento que otrogó don Popeyo Sumary Eyzaguirre el trece de octubre de mil novecientos sesentiseis, ante el Notario Público don Miguel A. Cordoba, de Lima, que en testimonio corre a fojas seis, y de devolución de la suma de trintitrés mil docientos catorce soles con setenticuatro centavos, importe de tres sueldos del causante, entregados por el Ministerio de Educación Pública para la atención de los gastos que originó su sepelio y por luto; que la citada sentencia por haber pasado en autoridad de cosa juzgada, de acuerdo con lo que dispone el artículo mil ochentidós del Código de Procedimientos Civiles, produce efectos irrevocable respecto de las personas que intervinieron en ese jucio, quines no pueden promover otro sobre nulidad total o de alguna de las clásulas del referido testamento y de devolución de la expresada cantidad de treintitrés mil docientos catorce soles con setenticuatro centavos; que, además, conforme al

artículo setecientos siete del Código Civil la mejora con que el testador puede beneficiar a sus descendientes debe hacerse con uno de los dos tercios destinados a legítima o sea, después de deducido el tercio de libre disposición a que se refiere el artículo setecientos del mismo cuerpo de leyes; que, en consecuencia, es legalmente inobjetable la cláusula sexta del testamento otorgado por don Pompeyo Sumaru Eyzaguirre el trece de octubre de mil novecientos sesentiseis, por la cual mejora a su madre doña María del Tránsito Eyzaguirre viuda de Sumary, por el tercio de sus bienes de libre disposición. ya que tal asignación del tercio no se ha establecido en beneficio de descendientes del testador, ni se ha hecho con alguno de los dos tercios destinados a legítima, no constituyendo, en consecuencia, una mejora propiamente tal sino una liberalidad permitida por la ley; que la inversión de la citada suma de treintitrés mil doscientos catroce soles con setenticuatro centavos aparece acreditada con los documentos que corren de fojas 69 af 93 y con la repuesta dada por la demandada a la segunda repregunta de su confección de fs. 75; que xonsta del informe de fojas ciento ochentites que el monto equivalente a la pensión de cesantía conrrespondiente al causante por los dieciocho días del mes de noviembre asciende a la suma de cinco mil novecientos cuarentidós soles, y no a la cantidad de seis mil ceiscientos cuarentidós soles, cuyo reintegro se reconviene; que según aparece del testimonio que corre a fojas doscientos dos, el inmueble sito en la avenida Centenario números doscientos siete y doscientos nueve, de la ciudad de Ayacucho, tiene la calidad de bien común, adquirido durante la sociedad conyugal constituida por el matrimonio celebrado por el causante don Popeyo Sumary Eyzaguirre con doña María Delia Ruiz de Castilla de Sumary, de acuerdo con lo que prescribe el artículo ciento ochenticuatro del Código Civil, calidad que también tiene el precitado monto de la pensión de cesantía, ascendente a la suma de cinco mil novecientos treintiseis soles con cincuentiocho centavos; que en virtud de la pertinentes disposiciones de última voluntad del testador, expresada en su mencionado testamento, los bienes dejados por el causante, a que se hace referencia en el anterior considerando, deben partirse en las proporciones siguientes: cincuenta por ciento a favor de la cónyuge supérstite, doña María Delia Ruiz de Castilla Galindo viudad de Sumary, en conepto de gananciales, más un tercio del cincuenta por ciento restante, por razón de legítima hereditaria, o sea cuatro sextas parte del valor total de los bienes; y a favor de doña María del tránsito Eyzaguirre Romero viudad de

Sumary, los dos tercios del cincuenta por ciento restante, uno de ellos por conepto del tercio de libre disposición, con el cual ésta ha sido beneficiada según la clásula sexta del antedicho testamento y el otro por concepto del tercio que por legítima le corresponde, o sea en total dos sextas partes de los referidos bienes; que con la absolución que da la demandada a la décima quinta pregunta del pliego interrogatorio presentado para su confesión, que corre a fojas setentitrés y los documentos que corren a fojas noventiseis y ciento sesenticuatro, se acredita que la demandada percibe los frutos del inmuble sito en la avenida Centenario números doscientso siete u doscientos nueve, en la ciudad de ayacucho, y como la actora no ha acreditado que la cuantía de ellos ascienda a catorce mil soles, cuya restitución demandó, en ejecución de esta sentencia debe efectuarse la respectiva liquidaciOn, para determinar la cuantía de los frutos obtenidos, los cuales deben partirse en la proporción establecida para la partición de los bienes comunes y reembolse la demandada a la actora la parte que a ésta correponda; que la demandad con el recibo que corre a fojas ciento setenticinco ha acreditado haber pagado las sumas de seiscientos treinta soles por concepto de impuesto a los predios urbanos del inmueble antes citado, por lo que la actora debe reintegrar a la demandada la suma de doscientos diez soles; que conforme aparece de la última parte de la clásula sexta "A" del referido testamento, el causante delcara haber designado a la actora beneficiaria del auxilio mutual que concede la asociación Mutualista Magisterial del Perú por razón del fallecimiento de sus asociados; que estando a lo que prescribe el artículo ochocientos noventisiete del Código Civil, sólo las mejoras necesarias y útiles obligan a los condóminos a responder proporcionalmente por su importe; que la demandada no ha probado que las mejoras que afirma haber introducido en le inmueble materia de la partición tengan esas calidades; que la demandada en el recurso de demanda de fojas una de los autos acompañados sobre nulidad de testamento afirma que entregó a su cónyuge, el causante, la suma de veinte mil soles para los gastos de viaje que éste realizó de Ayacucho a Lima y contradictoriamente en el recurso de reconvención de fojas veintisiete sostiene que esa misma cantidad fue entregada a doña Lidia Sumary Eyzaguirre, quien no es parte en este juicio; que constituye carga de la herencia la suma de ciento doce mil ochocientos soles que el causante, en vida, adeudadba a la demandada por razón de pensiones alimenticias devengadas y las costas del respectivo juicio de alimentos, cuya dos sextas

partes deben deducirse del importe de la realización de los bienes comunes; que la demandada no ha acreditado que la actora tenga las prendas por cuya devolución reconviene: delcararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas trescientos uno, su fecha tres de novimbre del año proóximo pasado, en cuanto confirmando al apelada de fojas docientos treintisiete, fechada en cuatro de mayo de mil novecientos setenta, declara fundadas las reconvenciones iterpuestas por la demandada en el punto a) del segundo otrosí de fojas veinticuatrom en cuanto manda agregar al haber de la demandada la suma de ciento diecinueve mil novecientos sesentiocho soles por concepto de mejoras; en el punto b) del segundo otrosí de fojas veinticuatro, para la restitución de la suma de treintitrés mil doscientos catroce soles con cincuenta centavos importe de tres sueldos entregados por el Ministerio de Educación por gastos de sepelio y luto; en el punto c) del segundo otrosí de fojas veinticuatro, respecto a la devolución de prendas del causante; en el segundo otrosí de fojas veinticinco, en cuanto se demanda la nulidad de la clásula sexta del testamento de don Pompeyo Sumary Eyzaguirre; en la ampliación de la reconvención de fojas veintisiete, para la restitución de veinte mil soles por concepto de gastos de viaje que realizó el causante de Ayacucho a Lima; en la ampliación de la reconveción de fojas veintinueve, para la restitución de treinta mil soles del beneficio de la Mutualista Magisterial que corresponde a la demandante por la muerte del testador y en las propociones fijadas en lo principal de fojas veintidós; reformando la primera y revocando la segunda en los predichos extremos: declararon infundadas las referidas reconvenciones; declararon HABER NULIDAD en la misma sentencia de vista en la parte que confirmando la apelada delcara fundada las reconvenciones interpuestas por la demandada en el punto d) del segundo otrosí de fojas veinticuatro, o sea en cuanto manda agregar la suma de ciento doce mil cohocientos soles por razón de pensiones alimenticias devengadas y costas del respectivo juicio de alimentos al haber de la demandada para que sea descontada de las acciones de la demandante; en el punto f) del segundo otrosí de fojas veinticuatro en cuanto manda a la actora rembolsar a favor de la demandada el importe de los recibos de fojas ciento setentiseis y ciento setentisiete, por concepto de impuesto predial, luz y agua; en el primer otrosí de fojas quince en cuanto declara fundada la demanda respecto al pago de frutos; reformándola y revocando la apelada en estos aspectos: delcararon que del haber hereditario de la actora debe deducirse a favor de la demandada dos sextos de la suma de

ciento doce mil soles o sea la suma de treintisiete mil trescientos treintitrés soles con veinte centavos, por concepto de pensiones alimenticias adeudadas y dos sextos de las costas del respectivo juicio de alimentos; que del mismo haber hereditario de la demandante debe deducirse sólo dos sextos de la suma de seiscientos treinta soles, importe del recibo de fojas ciento setenticinco, o sea la suma de doscientos diez soles, por concepto del impuesto predial, y que la restitución de los frutos logrados del inmueble sito en la Calle Centenario números doscientos siete y docientos nueve, debe efectuarse y partirse en la forma establecida en la parte considerativa de esta resolución; declararon NULA la misma setencia recurrida en la parte que manda abonar a la actora la suma de cien mil soles por concepto de fondos de justicia; de declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista en cuanto donfirmando la apelada declara fundada la demanda de partición de fojas catorce, y en consecuencia que los bienes comunes materia de ésta deben partirse en la proporción fijada en la parte considerativa de esta resolución y en lo demás que contiene; en los seguidos por doña María del Tránsito Eyzaguirre viuda de Sumary con doña María Delia Ruiz de Castilla viuda de Sumary; y los devolvieron.– S.S. BALLON LANDA.– GALINDO PARDO.– LEON MONTALBAN.– LLOSA RICKETTS.– Se publicó conforme a Ley.– Fausto Viale Salazar.– Secretario General.

R. de los T.– 1946; p. 208

VII, 6) *Procede la rectificación de la partición hecha por el testador en favor de sus hijos para que se respete la proporción que establece la ley entre el hijo mejorado y el que no lo es.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Francisco Gálvez, otorgó su testamento, en Enero de 1940 (fs. 101), en el cual, instituyó como sus herederos, a sus seis hijos legítimos, que nombra; pero al verificar la partición de sus bienes, designó, para sus hijas, Rosa, Ofelia y Teodolinda, los terrenos ubicados en Siprimuy; y para sus hijos, Juan Abraham y Misael, los que se encontraban situados en los

colorados y otros sextores; y Juan, ignorando la existencia de este testamento, demandó, la división y partición de los bienes dejados por su padre, entre él y sus cinco hermanos ya nombrados, con fehca 20 de Marzo de 1941; pero como en ese juicio, las hermanas hicieron ver que existía tal testamento, en Mayo del mismo año, el citado Juan, demanda la rescisión y nulidad del menciondado testamento, según se ve a fjs. 1, de este expediente.

El juicio de partición, que setiene a la vista, terminó por la Ejecutoria Suprema, copiada a fjs. 99, que sanciona las de Primera y Segunda Instancia; y en cuyas Resoluciones quedó establecido que podía pedirse sólo la rectificación en la parte de que se hubiese dispuesto demás de los que permite la Ley (fjs. 82 de esos autos).— Juan Gálvez, amplió su demanda, a fjs. 3, pidiendo que se comprendiera en ella, al albacea, que tenía la obligación de sostener la validez del testamento.— Por los poderes que obran a fjs. 4 y 24, el Dr. Guillermo Vilchez, asumió la representación de los demandados, de los cuales, Doña Justina y doña Luzmila Gálvez, hijas de Abraham, premuerto, convienen en la demanda, a fjs. 11; y Misael a fjs. 13; en cambio que doña Teodolinda y doña Ofelia, así como el albacea, la contradicen, al contestarla a fjs. 15; y se dá por contestada en rebeldía de doña Rosa, recibiéndose la causa a prueba, a fjs. 17 vuelta, y sentenciandose, a fjs. 110; pero la Resolución Superior de fjs. 128, anuló esta sentencia, y todo lo actuado, desde fjs. 17 vuelta, porque, las hijas de Abraham, no probaron haber sido herederas de éste, y con esa omisión, convinieron en la demanda; y salvada aquella (fjs. 134), reproducen, su anterior asentimiento, a fjs. 135.— Los autos de fjsl 141, 143, 153, 158 vuelta, dejan resueltas las incidencias que se han producido dentro del juicio, recibido a prueba, nuevamente, a fjs, 143 vuelta; y terminado en su sustanciación, por el de fjs. 209, se expide la nueva sentencia de fjs. 213, que delcara infundada la demanda, y que apelada a fjs. 225, motiva la Resolución Superior de fjs. 245, revocatoria de la anterior, y por la que, se declara fundada, en parte, la demanda, y que procede, nó, la rescisión ni la nulidad mencionadas en la misma, con referencia a la partición hecha en el testamento, sino la rectificación de ésta, en la forma que lo permiten y disponen, los artículos 700, 707, 708, y 788 del C. C. y manda que se haga la partición de los bienes dejados por el testador, en forma tal, que los hijos no mejorados, Juan, Misael y Abraham, hoy sus herederos, reciban, como herencia, la mitad de los que les toque, a las otras tres hijas mejoradas, respectivamente.— El apoderado de éstas, interpone recurso de nulidad,

concedido a fjs. 250.

La demanda de don Juan, persigue, que se anule la partición que hizo el testador, y que los bienes se dividan de acuerdo con lo que dispone el artículo 761 del C. C., fundando su acción, en los artículos 791 y siguientes, del mismo Código; y las demandadas, que no están de acuerdo con el demandante, se oponen a esa pretensión, sosteniendo estar bien hecha la partición, por el padre común, don Francisco Gálvez.— Según la prueba actuada en autos, los terrenos dejados a las mujeres, tienen un valor de más a $. 14.000, y los designados para los hombres, sólo llegan a S/o. 490.47 (peritajes respetivos que hacen inobjetables esta afirmación).

Tres son las formas como puede terminar una obligación contraida validamente; porque ha llegado el tiempo en que debía expirar con arreglo al contracto; porque concluye con arreglo a la ley, y porque hay alguna causa dependiente de la voluntad de los contratantes, para que termine; en el primer caso, ha finalizado; en el segundo caso, ha caducado, y en el tercero, se ha rescindido, y por consiguiente, la palabra rescisión, no se refiere sino a los contratos, y cabe aplicarla respecto de la partición cuando esta consta, del celebrado entre los propietarios, pero nunca puede aplicarse la palabra rescisión, a la partición hecha por el testador, porque entonces no hay contrato, sino la disposición de última voluntad, en favor de los herederos instituidos, y por consiguiente, al demandarse la rescisión de la partición, se comete un error, que resulta manifiesto de los propios términos de la demanda, ya que, en ellos, se ve que lo que se persigue, es que se nivelen los derechos de todos los herederos, en la proporción que establece la ley, y aconseja la justicia, y por tanto, lo que se pide, es la rectificación, que preceptúa, y autoriza, el artículo 787 del C.C., y que es lo que ya estableció, la Ejecutoria que puso término al juicio de partición, anteriormente mencionado; todo lo cual hace ver, dos cosas: primero, que no existe en la Resolución Superior recurrida, la nulidad o insubsistencia que pretende la recurrente, al sostener que se ha resuelto punto no demandado; y segundo, que esa Resolución, está arreglada a ley y a justicia, al amparar la demanda, rectificando el error que contiene el testamento en armonía, con las disposiciones de la ley, a la vez que respetando, la voluntad del testador, perfectamente manifiesta en su testamento, de mejorar a sus hijas, pero sin el exceso que ese testamento contiene; y es por eso, que respetando esa decisión, dentro de los límites que permite la ley en sus arts. 700 y 708 del

C.C., el Tribunal Superior, al rectificar la partición que el testamento contiene, lo hace en forma tal, que las demandadas, reciben un haber hereditario doble al de sus hermanos, que es el tope o máximo que permite la ley; y evitando así mismo, no sólo la ilegalidad, sino injusticia, que significaría, el que los hombres recibieran una participación insignificante, comparada con la de las mujeres, si el testamento se cumpliera, tal como está y que las últimas sostienen, a la vez que la demanda impugna.

El mérito del expediente acompañado, en las Resoluciones que contiene el de en giro, en las pruebas actuadas, especialmente los peritajes verificados; y las legales y fundadas razones que la Resolución Superior consigna así como las que se dejan aducidas, sirven de fundamento a la opinión del Fiscal, en el sentido de que procede declarar que NO HAY NULIDAD, en la recurrida.

Lima, 12 de Abril de 1946.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA:

Lima, 22 de Abril de 1946.

Vistos; de conformidad con el Dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fojas doscientas cuarenticinco, su fecha veintitrés de octubre último, que revocando la apelada de fojas doscientas trece, su fecha treintiuno de agosto de mil novecientos cuarenticuatro, declara fundada en parte la demanda sobre rectificación de partición testamentaria interpuesta por don Juan Gálvez Romero contra doña Rosa Gálvez Romero y otros; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Señores.

Valdivia.— Portocarrero.— Samanamud.— Fuentes Aragón.— Láinez Lozada.

Se publicó conforme a ley. José Merino Reyna. Secretario.

Causa No. 2197. Año 1945. Procede de La Libertad.

VII.— LAS MEJORAS

La sentencia VII,1) de 7 de Diciembre de 1,956, se adecúa, en la parte pertinente, a lo dispuesto en el art. 708. La mejora es semejante a una libre

disposición, con la diferencia de que sólo puede ser destinada a descendientes. El límite para la libre disposición propiamente dicha es de un tercio del patrimonio hereditario. En el caso presente el *quantum* en total del hijo ilegítimo mejorado, constituido por su cuota legal (es la mitad de la cuota que correspondía al otro hijo legítimo, no mejorado), y por la mejora no superaba a la cuota legal de ese hijo legítimo no mejorado, de modo que se respetó la proporción a que se refiere el art. 762, a que se remite el 708.

Según la ejecutoria VII,2), de 17 de Mayo de 1958 debió discutirse en el curso del proceso en que recayó la sentencia respectiva, sobre si era legalmente posible que el testador favorezca a uno de sus herederos tanto con el tercio de libre disposición como con el de la mejora. De ahí la segunda parte de la sumilla respectiva y de ahí la indicación de la vista fiscal sobre que "el tercio de libre disposición a que se refiere el art. 700 del C.C. y el tercio para mejorar que permite el art. 707 del mismo Código son institutos diferentes, de los que el testador puede hacer uso conjuntamente". El asunto mismo no aparece claro, por la falta de antecedentes sobre el juicio desarrollado. Pero la solución sobre la posibilidad de la acumulación de la disposición del tercio de libre disposición y la disposición del tercio por mejora, aparece expresamente enunciada. Echecopar García ha tratado el punto certeramente. Ha escrito: "el testador puede mejorar y al mismo tiempo disponer de su cuota de libre disposición en favor de cualquiera, inclusive de sus hijos o descendientes mejorados". "No hay razón para equiparar la cuota de libre disposición con la mejora, cuando son instituciones completamente distintas. La mejora sale de la legítima, mientras que la cuota de libre disposición está fuera de ella. Ningún hijo tiene porqué preocuparse de lo que haga el ascendiente con la cuota de libre disposición. Por algo es libre".

Por lo demás, para el efecto de que se juzgó sobre que se disponga conjuntamente de la parte de libre disposición (art. 700) y de la parte de mejoras (art. 707), es preciso que en forma inequívoca se exprese que se quiere favorecer a un heredero con uno y otro beneficio independientemente; si no, aunque se hable de mejorar a un hijo, se puede entender que se quiere hacer referencia sólo al beneficio a que se contrae la disposición sobre el tercio de libre disposición a que concierne el art. 700. En tal sentido se pronunció la ejecutoria VII,3) de 6 de Junio de 1964.

En la ejecutoria VII,4), de 5 de agosto de 1965, se resolbió idénticamente

con toda precisión, en el sentido indicado, de que la disposición por mejora con el límite del art. 709, no era implicante con la facultad de libre disposición del art. 700, con la limitación de la *portro legitima.*

Las ejecutorias VII,5) y VII,6), de 7 de junio de 1972 y 22 de abril de 1945, respectivamente, se relacionan con las mejoras, en cuanto deciden sobre dos puntos de interés evidente sobre el funcionamiento de ellas. La mejora, como se sabe, es una asignación testamentaria libre, es decir, que depende de la *voluntas testatoris,* debiendo por ello aparecer expresamente de la respectiva declaración del causante. Pero en lo que atañe a quien pueda ser el favorecido por la mejora, el mejorado, hay una limitación *intuito personae,* porque como dice el art. 707, sólo recaerá en descendientes del testador, es decir en herederos, que por este último carácter son herederos necesarios. Hay así la posibilidad que respecto a la totalidad del acervo sucesorio, éste se divida en tres porciones: una, para la libre disposición que puede llegar hasta el tercio y que puede realizar sin restricción de personas favorecidas, el testador; una segunda, que puede llegar hasta el tercio, que puede realizar el testador pero sólo a favor de descendientes, y una tercera parte que viene a ser entonces la legítima intangible la llamada legítima corta, que corresponde a los herederos forzosos. Lo interesante de la ejecutoria VII,5) reside en que establece que si concurren las asignaciones voluntarias de la libre disposición y de las mejoras, en primer lugar se detrae del acervo patrimonial hereditario, la porción (que puede llegar hasta el tercio, pero no ir más allá), para el efecto de la libre disposición, que aparece indicada en el art. 700. De este modo si la porción de libre disposición es menor del tercio, lo que corresponda a los herederos necesarios aumentará en comparación con el supuesto de que esa porción hubiera llegado al tercio permisible. Pero independientemente de cual sea el *quantum* por el tercio de libre disposición, el testador puede utilizar la facultad de determinar la mejora que le consiente el art. 700. Mas, esa mejora, precisamente por esa independencia no puede exceder del tercio de la legítima que en general corresponde a los herederos necesarios; puede ser menor, nunca mayor, y si en el caso de que la libre disposición haya sido menor del tercio, así se haga la mejora hasta por el maximum del tercio permitido, en favor de alguno o algunos de los descendientes, a la larga, entonces, los herederos necesarios no mejorados vendrán a recibir más del tercio de la legítima corta, la legítima intangible, pues a lo que les corresponde por este concepto habrá que agregarse la porción del tercio de

libre disposición de que pudo hacer uso el testador, pero que no la utilizó, y por lo tanto se mantiene perteneciendo a todos los herederos del causante, en la hipótesis ahora, tratada; descendientes del último. Es, pues, útil, atender a lo resuelto en la ejecutoria VII,5).

El testador puede, pues, estipular dos asignaciones voluntarias, que en realidad son independientes. Una es la llamada porción de libre disposición (art. 700 a 703). La otra es la mejora (art. 707 s). En relación a la ejecutoria VI, 5), que distingue entre ambas asignaciones *in testamento adiicitur,* cabe remarcar que en la Vista fiscal se dice, de acuerdo a lo que hemos expuesto, que primero se detrae la porción de libre disposición y después se procede a detraer la mejora. La porción de libre disposición puede llegar hasta el tercio del total del caudal hereditario (art. 700); pero puede ser, desde luego, menos. Ello no infiere en cuanto al maximum de la mejora, que se limita siempre al tercio de la legítima, es decir, a un tercio sobre la reserva que es la legítima. Así, si el *de cujus* deja un caudal relicto de 900, y estipula una libre disposición de 200, quedando 700 para los herederos necesarios (en este caso, descendientes), la mejora puede hacerse no sobre un tercio de 700, sino sólo de 600, que es la legítima conforme al art. 700. En efecto, el art. 707 no habla como máximum para la mejora sino de uno de los dos tercios de la legítima, o sea por 200.

Otro punto que queremos considerar, es relativo al art. 708, de que se habla en la ejecutoria VII, 6). Nos parece que no se interpreta este dispositivo en una manera que sea la adecuada, por lo común, el dispositivo cuando habla de que se guarde la proporción del art. 762, si el mejorado es un hijo ilegítimo. Se cree, en general, que esto significa que si se mejora a un hijo ilegítimo ha de estarse obligado a mejorarse a un hijo legítimo, para que este venga, así, siempre a recibir el doble que el ilegítimo. Pero ello afecta radicalmente la libertad de actuación del testador en esta materia de mejoras, pues él puede quere mejorar a cualquiera de sus descendientes y no a otros; puede así, teniendo un hijo legítimo y un hijo ilegítimo. A nuestro parecer el *suppositus legis* no permite una tal interpretación, por la razón que se acaba de indicar. Lo que el art. 708 quiere expresar es que la mejora que se haga enfavor de un hijo ilegítimo, habiendo un hijo legítimo, no puede ella, es decir, tal mejora superar a la mitad de la cuota hereditaria que con el carácter de irreductible por causal de la legítima de que habla el art. 700 corresponda a ese hijo ilegítimo, en comparación con la cuota que corresponde al hijo

legítimo. La mejora, no puede exceder de la mitad de tal cuota legal que corresponde al hijo ilegítimo. Y nada más se induce del art. 708. Así, Cayo en su testamento declara que tiene dos hijos, Ticio y Sempronio. El caudal hereditario total es de 900. Debe corresponder, en principio, 600 a Ticio y 300 a Sempronio, habiendo, pues, una diferencia de 300 (aplicación del art. 762). Si Cayo quiere mejorar, no puede hacerlo sino por 150, mitad de la cuota legal entre dicho Sempronio, hijo legítimo y la cuota del hijo legítimo, Ticio, o sea, que siendo esa diferencia de 300, la mejora se tiene que hacer guardándose la proporción de la mitad (a que alude el art. 708), es decir, por un máximum de 150, de modo que Sempronio viene a recibir 450 (300 por su cuota legal y 150 por mejora) y Ticio viene a recibir 450 (por su cuota legal). (Por lo demás, la mejora no sobrepasaría el tercio de que habla el art. 707, que sería de 200, ya que la legítima es de 600, como se acaba de ver). (400, en este caso, vendría a ser la llamada legítima corta, e intangible).

En el caso antes presentado, de Cayo, Ticio y Sempronio no podría Cayo mejorar a Ticio, pues entonces se estaría contra la prevención del art. 709. Pero en otro supuesto podría un padre mejorar a un hijo legítimo, teniendo hijos ilegítimos, sin ir contra dicha disposición. Por ejemplo, A) deja un caudal hereditario de 1,200, viniendo a ser el tercio de 800 (la legítima) la mejora (según lo antes explicado), y deja como herederos a un hijo legítimo, B), y a cuatro hijos ilegítimos, C), D), E y F) (de la misma madre), de modo que sobre el caudal hereditario corresponde en principio como cuota legal 400 a B), y a C), D), E) y F), 200 a cada uno; pero A) puede mejorar a B) por 100, de modo que reciba 500 (400 por cuota legal y 100 por la mejora), y los cuatro hijos ilegítimos recibirán 175 cada uno, ya que hay que descontar 25 por razón de la mejora, y ahora bien la línea de los hijos ilegítimos recibe 700, frente a 500 que recibirá el hijo legítimo, de modo que no se sobrepasará la limitación impuesta por el art. 709.

CAPITULO VIII

LA DESHEREDACION

R.J.P.– 1949; p. 367

VIII,1) *El derecho de contradecir la desheredación prescribe a los dos años contados desde la muerte del testador. Aplicación del art. 715 del C.C.*

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 560/48. Procede de Lima.

Señor: Por escritura pública de 22 de setiembre de 1939, doña Agripina Valdez de Ruitón otorgó testamento, instituyendo como su único heredero a su hijo don Cornelio Ruitón; y desheredando a su otra hija doña Bélica Villar, por las razones consignadas en la cláusula tercera. La testadora falleció el 24 de setiembre del mismo año 1939, y en agosto de 1943, doña Bélica Villar solicitó su declaratoria de herederos, procedimiento que se cortó en virtud de que el notario Livia comunicó al Juzgado la existencia del testamento referido.

En agosto de 1945, doña Bélica Villar, ha interpuesto demanda de contradicción a la desheredación y para que se declare la nulidad de la referida cláusula 3a. del testamento. Don Cornelio Ruitón ha negado la demanda y deducido la excepción de prescripción de la acción que fundamenta en el art. 715 del C.C.

El Juzgado de Primera Instancia de Canta, en la sentencia de fs. 101 ha declarado fundada la demanda y sin lugar la prescripción. La Corte Superior de Lima a fs. 117, en discordia, ha revocado dicha sentencia, declarando fundada la excepción de prescripción y sin lugar la demanda; con el voto del señor Vocal doctor Blondet, por la confirmatoria. La demandante ha interpuesto recurso de nulidad.

Los antecedentes que se dejan expuestos en la primera parte de este dictamen, acreditan que la acción se ha interpuesto después de trascurrido con exceso el plazo de 2 años que señala la ley para contradecir la desheredación. No puede alegarse ignorancia de la existencia del testamento, porque el plazo de 2 años es lo suficientemente lato para cualquier investigación o procedimiento judicial tendiente a descubrir la existencia de un testamento.

Opina el Fiscal, en conclusión, que procede declarar que *no hay nulidad*

en la sentencia recurrida.

Lima, 15 de octubre de 1948.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiocho de octubre de mil novecientos cuarentiocho.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal; declararon *no haber nulidad* en la sentencia de vista de fojas ciento diecisiete, su fecha primero de junio del año en curso, que revocando la de primera instancia de fojas ciento una, su fecha trece de noviembre del año próximo pasado, declara fundada la excepción de prescripción deducida a fojas quince por don Cornelio Ruitón, y sin lugar la demanda de nulidad de cláusula testamentaria, interpuesta a fojas dos por el apoderado de doña M. Bélica Villar Valdez, sin costas; condenaron en las del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Portocarrero.— Valdivia.— Noriega.— Cox.— Eguiguren. Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García. Secretario.

R. J. P.— 1944; p. 51

VIII,2) *El derecho de contradecir la desheredación sólo corresponde al desheredado y a sus sucesores.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Oscar y don Humberto Guzmán entablaron a fs. 14, en 20 de Abril de 1937, demanda contra los herederos de don Max Garayar, con el objeto de reivindicar el fundo "Huanca", al que alegan derecho derivado del testamento otorgado a su favor por don J. Anselmo Guzmán, en 28 de Junio de 1910, ante el Notario Dr. Carlos Sotomayor, protocolizado sólo en 15 de Enero de 1937, ante Villarán, en cumplimiento del auto expedido en 30 de Diciembre de 1936, por el Juez Dr. Bustamente Cisneros, actuario Torres Calle. En ese testamento que corre a fs. 1, don José Amadeo Guzmán menciona, entre sus bienes, los fundos Parará, Huanca y otros, situados en la provincia de

Lucanas. Declara ser casado con doña Ruperta Giles, de quien dice estar separado y haber perdido todo derecho a gananciales. Declara, además, tener de ese matrimonio un hijo, llamado Esteban Segundo Guzmán y tener una hija natural, llamada María Esther, desheredando a ambos hijos, por las causas que indica. Instituye por herederos universales a los demandantes, entonces menores, llamados Humberto y Oscar Guzmán, a quienes lega también la quinta parte de todos sus bienes y nombra como albaceas, en primer lugar, al señor Augusto B. Leguía, y en segundo, a la madre de los herederos instituidos. Intervienen como testigos en este testamento los señores J. Mavila, Salvador Payet, Julio Fort y otros.

Los demandantes dicen, que por razón de su menor edad, no pudieron tomar posesión de la herencia y que saben que los fundos estuvieron en poder de don Max Garayar y que pasaron a los herederos de éste, a quienes demandan para que los devuelvan con sus productos. La demanda fue contestada a fs. 20 por doña Hortensia Garayar de Olaechea, quien afirma que los fundos objeto de la acción, fueron de don José Amadeo Guzmán, primero, y después de sus herederos legales, hijo legítimo e hija natural, declarados herederos en auto del Juez de Parinacochas, de 10 de Agosto de 1916, agregando que los herederos vendieron el fundo a don Max Garayar, por escritura otorgada en 21 de Mayo de 1918 y que a la muerte del comprador, la propiedad pasó a sus herederos, entre los cuales se encuentra. Funda, en consecuencia, la contradicción, en su derecho de propiedad con justo título y opone la prescripción al título de los demandantes. Entabla reconvención para que se declare la nulidad de la institución de herederos, hecha en favor de los demandantes, que son hijos adulterinos, en perjuicio del hijo legítimo y del hijo natural reconocido.

Los otros demandados contradijeron la demanda a fs. 43, por razones análogas a las expuestas a fs. 20, agregando que el testador Guzmán carecía de derecho para desheredar a sus herederos forzosos, por no existir causa legal; que la nulidad del testamento cerrado fue pedida oportunamente, y que el expediente se hizo desaparecer; que en ese expediente los herederos pudieron contradecir la desheredación, derecho que ejercitan los demandados, que deducen la nulidad del testamento y de la institución de herederos hecha por el testador y deducen, además, la excepción de prescripción. La reconvención de fs. 20 fue contestada en el escrito de fs. 35 y la causa se recibió a prueba a fs. 45 vta., en 22 de Marzo de 1938, habiéndose alegado sólo por los

demandantes.

El Fallo de Primera Instancia se expidió a fs. 116, en 13 de Octubre de 1942 y en él se declara fundada en parte la demanda de fs. 14, en lo que se relaciona con don Oscar Guzmán Giles, a quien se manda restituir la mitad de los fundos demandados y sus productos y se declara sin lugar la demanda en cuanto al otro demandante, respecto del cual se considera fundada la excepción de prescripción.

Apelada la sentencia, no se absolvió el trámite de expresión de agravios y a fs. 200, el Tribunal Superior confirmó el fallo en cuanto declaró fundada en parte la demanda, y lo revocó en cuanto la desecha y acoge la prescripción. Se declaró, en consecuencia, fundada la demanda de reivindicación, y la devolución de frutos a partir del 21 de Mayo de 1918. Interpuesto recurso de nulidad por los demandados, se concedió, pero no se ha fundado ante el Tribunal Supremo.

Las pretensiones de las partes en este juicio se basan en dos títulos hereditarios opuestos. Los demandantes se apoyan en el testamento cerrado otorgado en Lima por don J. Anselmo Guzmán, en 28 de Junio de 1910, abierto y protocolizado en 15 de Enero de 1937; y los demandados invocan en contra, el auto de declaratoria de herederos del mismo señor Guzmán, expedido en Parinacochas en 10 de Agosto de 1916. Recíprocamente, las partes han deducido la nulidad de una y otra institución de herederos, pero, resulta evidente, que existiendo testamento, carece de eficacia la declaración de herederos, que sólo procede a falta de testamento.

El expediente seguido para la declaración de herederos se encuentra entre los acompañados y de él aparece que a fs. 37, en 24 de Marzo de 1916, el personero de doña María Esther Guzmán, que era al mismo tiempo una de las personas para quienes se pidió el título legal de heredero y uno de los interesados que intervino desde 1916 en el expediente seguido para la apertura del testamento cerrado, formuló la petición de esa foja. En ella se invoca el Art. 1221 del C.P.C., y afirmando la existencia del testamento cerrado, se pide el término de la distancia para presentarlo, ofreciéndose fianza. La solicitud fue acogida, pero el término pedido no llegó a correr, porque los interesados en la declaratoria obtuvieron que pocos días después el personero de doña María Esther Guzmán se desistiera de su solicitud, haciéndose la declaratoria de herederos en el auto de fs. 46, expedido en 10 de Agosto de 1916. Un mes antes, la misma doña María Esther Guzmán, que

formuló el desestimiento, presentaba escritos para la apertura del testamento cerrado, según aparece a fs. 3 del cuaderno principal, entre los insertos del testimonio del testamento. Resulta así, que al mismo tiempo, en el año 1916, se seguían dos expedientes, uno en Lima, para la apertura del testamento otorgado por el llamado intestado de don J. Anselmo Guzmán y otro en Parinacochas para la declaratoria de herederos ab-intestato del mismo Guzmán, y en ambos intervino doña María Esther Guzmán, que al desistirse de su solicitud, hizo posible la declaratoria de herederos.

De los antecedentes expuestos, se deduce, que es nula la declaratoria de herederos, porque como lo establece el Art. 1212 del C.P.C., sólo procede ab-intestato y afirmando una de las personas que intervino en el procedimiento para la apertura del testamento la existencia de éste, no cabía llevar adelante el procedimiento hasta pronunciar resolución.

Anulado el título de herederos declarados por resolución judicial se anula también la escritura de venta que otorgaron en este carácter y queda por estudiar el título de los herederos testamentarios. El procedimiento para la apertura del testamento se siguió con las formalidades legales y según aparece del testimonio de fs. 1, se inició en 9 de Junio de 1916, con la presentación del pliego, que por encargo de su padre hizo don Augusto Leguía Swayne: se interrumpió en 1916 y en 1921 y volvió a interrumpirse en 1923, hasta 1936, en que siguió hasta el final, pronunciándose la resolución expedida en 30 de Noviembre de 1936 que ordenó la protocolización y quedó ejecutoriada. No hay ningún vicio de forma que pudiera justificar la nulidad deducida.

Se ha alegado por los demandados, un vicio de fondo, al sostener que carecen de fundamento las desheredaciones hechas por el testador, siendo nula, en consecuencia, la institución de herederos. El derecho de contradecir la desheredación sólo corresponde al desheredado y a sus sucesores y no puede hacerse valer sino dentro del plazo de dos años, contados desde la muerte del testador, que en este caso ocurrió en 15 de Enero de 1916. Así lo establecía el Código que entonces regía, en el Art. 843, que se ha conservado en el Código vigente, con el No. 715. Carece, en consecuencia, de eficacia la contradicción intentada por los demandados, compradores del bien, pero no sucesores de los herederos forzosos, y que se ha hecho sólo en 1937, más de 20 años después de la muerte del testador.

Está probado que la contradicción de la desheredación no se intentó

oportunamente por los desheredados. Efectivamente, no consta que hubiera iniciado el juicio de contradicción dentro del plazo de dos años señalado taxativamente por el Art. 843 del C.C. anterior, Consta, en cambio, de la certificación que corre a fs. 156, que según el libro de ingreso de causas, abierto el año 1921, sólo 2 de Mayo de ese año, más de cinco años después de muerto el testador, se inició por el heredero, no el juicio de contradicción, que ya no procedía, sino el de nulidad del testamento. Y aparece de un cuaderno acompañado, en el que corren las actuaciones seguidas por los demandantes para descubrir el paradero de ese expediente extraviado, el resultado desfavorable de esa investigación. No se ha encontrado más huella que una partida del libro de tomas de razón de la Mesa de Partes de la Segunda Sala de la Corte Superior, de la que resulta que según la razón que corre a fs. 2 de ese cuaderno, se puso en tabla en 16 de junio de 1922, la causa seguida por don Juan Esteban Guzmán, con los herederos de don José A. Guzmán, sobre nulidad de testamento. Por más gestiones que han hecho los demandantes, no han podido descubrir el paradero del expediente, ni obtener datos sobre su contenido. Por esta razón, el auto de fs. 13, de 25 de Setiembre de 1936, dio por perdido el expediente y lo mandó rehacer, y el auto de fs. 36 de 9 de Julio de 1942, dio por terminado el incidente, por no ser posible rehacer el expediente, por falta de datos para ello.

Los hechos anteriores demuestran que no se contradijo oportunamente la desheredación, y que si existió un expediente de nulidad del testamento, no hubo interés ni seguridad para llevarlo adelante, ya que anteriormente se había iniciado un procedimiento de declaratoria de herederos, en contra de la ley, pues ésta sólo procede a falta de testamento. Y este procedimiento se intentó tres años después de que el heredero declarado había vendido el bien hereditario a don Max Garayar, pareciendo así que el objeto no conseguido del juicio era satisfacer una exigencia del comprador, mejorando el título viciado que se le había otorgado.

Han alegado también los demandados, su situación de terceros, amparada por el Registro de la Propiedad Inmueble. El amparo del Registro no funciona en este caso, pues de la copia literal de los asientos de inscripción que corre a fs. 143, resulta que los títulos para la primera inscripción de dominio de los fundos comprados por don Max Garayar se presentaron al Registro en 13 de Diciembre de 1919 y la escritura de venta que corre a fs. 90 se otorgó más de un año antes, en 21 de Mayo de 1918, en favor de don Max

Garayar, quien resulta así comprando propiedad no registrada. Queda por tratar la excepción de prescripción opuesta también por los demandados.

La posesión que de los fundos tenía el arrendatario don Max Garayar, cambió de título el 21 de Mayo de 1918 en que se le otorgó la escritura de venta y desde esa fecha hasta el 23 de Abril de 1937, fecha de la citación con la demanda, han corrido menos de 20 años, término insuficiente para la prescripción, cuando no existe el requisito de la buena fe. Para que quien adquiere del que tiene un título viciado, posea de buena fe, es necesario que en el momento de la adquisición crea que quien le transmitió el inmueble era su legítimo propietario. Todos los comentaristas están de acuerdo en este principio, expresamente declarado por el Art. 833 del C.C., vigente, y la creencia ha de ser de tal naturaleza, que como indican Planiol y Rippert, en el Tomo III de su Tratado de Derecho Civil, "la buena fe debe ser total; si abriga la menor duda en cuanto a la propiedad de su causante, hay que considerarlo como de mala fe".

En el caso de autos, el análisis hecho en los considerandos del fallo de vista de fs. 200, de la prueba actuada, demuestra que no existió en el adquiriente de 1917 el requisito de la buena fe, y menos la buena fe *total,* que en rigor es indispensable. La referencia hecha en el procedimiento de declaratoria de herederos, que era el título con que se vendió a Garayar, a la existencia de un testamento en Lima; las facilidades especiales que el comprador tenía como arrendatario del bien que compraba, para conocer su verdadera situación; la declaración del ingeniero señor Julio C. Castañeda, quien afirmó a fs. 60 haber advertido al comprador de los peligros de la adquisición; las declaraciones análogas de los otros testigos, a fs. 78 y fs. 84; el monto del precio con relación al verdadero valor del bien; los plazos concedidos para pagarlo y la obligación contraída por el vendedor en la cláusula 13a. de completar los títulos de dominio, obligación que no puede dejar de relacionarse con la iniciación posterior a la venta del juicio de nulidad del testamento, son elementos que, reunidos, excluyen la buena fe del adquiriente.

La presunción de buena fe, establecida por el Art. 541 del C.C., que regía al adquirirse la propiedad por don Max Garayar, sólo opera en favor de sus hijos, que la recibieron en herencia, en virtud de la declaratoria de herederos en su favor, hecha por auto de 26 de Marzo de 1934, inserto en el certificado de inscripción que corre a fs. 143. No hay en efecto, prueba, de

que los hijos conocieran el vicio que afectó el título de la propiedad que heredaron. Esta presunción de buena fe sólo corre, en consecuencia, del 26 de Marzo de 1934 al 28 de Abril de 1937, fecha de la citación con la demanda, por un plazo insuficiente para cualquier clase de prescripción.

No cabe hacer la distinción entre los dos demandantes, establecida en los considerandos del fallo de Primera Instancia, pues, aunque no se descontaran los años de menor edad, contados entre la fecha de la adquisición y la fecha de la demanda, el término total sería para los dos demandantes, de 18 años, insuficientes para producir la prescripción inmemorial, única que procedería en este caso.

La sentencia de vista ordena la devolución de frutos, a partir del 21 de Mayo de 1918. La devolución es procedente, pero sólo durante el tiempo en que está probado que no hubo buena fe y por lo mismo es fundada, desde el 21 de Mayo de 1918, en que don Max Garayar adquirió la propiedad con un título viciado, hasta el 26 de Marzo de 1934 en que sus hijos adquirieron la propiedad por herencia, y desde el 23 de Abril de 1937, en que los herederos fueron citados con la demanda hasta la fecha en que se efectuó la devolución; pero no lo es, durante los tres años, corridos de 1934 a 1937, en que poseyeron los herederos Garayar, y en que se presume su buena fe.

Por las razones expuestas, el Fiscal Suplente que suscribe opina que NO HAY NULIDAD en la sentencia de vista, con excepción de la parte relativa a la devolución de frutos durante el período de tres años indicado, salvo mejor parecer.

Lima, Mayo 22 de 1944.

De la Jara.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 25 de Agosto de 1944.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientas, su fecha veintitrés de Noviembre de mil novecientos cuarentitrés, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas ciento sesentiséis, su fecha trece de octubre del año anterior, declara fundada la demanda interpuesta a fojas catorce por don Oscar Guzmán Giles sobre nulidad del asiento de inscripción: declararon

HABER NULIDAD en el fallo de vista en cuanto a la devolución de frutos por el período corrido desde el veintiséis de Marzo de mil novecientos treinticuatro hasta el veintitrés de Abril de mil novecientos treintisiete: reformándolo, y revocando el apelado, declararon que no procede el pago de frutos en este período; sin costas; y los devolvieron.— SS.—Valdivia.— Ballón.— Pastor.— Benavides Canseco.

Considerando: que los hermanos Oscar y Humberto Guzmán Giles son hijos adulterinos de don Anselmo Guzmán Geldres, como aparece del propio tenor del testamento copiado a fojas cuatro, cláusula octava, que para instituirlos herederos universales ha desheredado previamente al hijo legítimo, a la hija natural y por último desconociendo el derecho a los gananciales de la esposa legítima, imputándole el delito de adulterio; que conforme a los artículos ochocientos cuarenticuatro, novecientos trece y mil cincuentitrés del Código Civil derogado, aplicable al caso, el testador no ha justificado la desheredación, ni la pérdida de los gananciales, por no haber intentado las acciones judiciales respectivas y menos ha podido instituir como herederos a los hijos adulterinos, que tampoco podía reconocer; que de tales antecedentes la acción resulta improcedente por carecer de base legal y moral; y que por consiguiente carece de objeto ocuparse de la prescripción y demás puntos controvertidos; por estas consideraciones; con lo expuesto por el señor Fiscal; mi voto es por la nulidad de la sentencia de vista en todas sus partes y por que reformándola y revocando la de primera instancia se declare improcedente la demanda de fojas catorce interpuesta por los expresados Guzmán Giles contra la sucesión Garayar; sin costas.— Sr. Portocarrero.

R. J. P.— 1967, p. 1178

CADUCIDAD DE TESTAMENTO.— Preterición de un heredero forzoso.— Intervención del Albacea.

VIII,3) *1.— Para la desheredación es suficiente que el testador no nombre al heredero forzoso, debiendo acreditar la causa de la misma para que tenga efectos legales.*

2.— No es necesaria la intervención del Albacea cuando en el juicio no se persigue la nulidad del testamento por inobservando de las formas prescritas por la ley.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 30/67.– 1ra. Sala.– Procede de Junín.

Señor:

Don Alejandro Ponce Céspedes, presentando el testamento de la que fue su cónyuge Hilda Hilario de Ponce en el cual instituye como sus únicas y universales herederos a sus hijos Carlos Domingo y Corina Hilda Ponce Hilario ordenando que quedan bajo la tutoría de sus abuelos Domingo Hilario Rosales y María Dolores Suarez de Hilario, demanda a éstos para que se declare la caducidad del referido testamento en el que, sin causa justificada, se le ha preterido y privado de la patria potestad de los hijos habidos en el matrimonio al instituír la testadora tutoría para ellos. Los demandados contradicen la demanda manifestando que José Alejandro Ponce ha sido desheredado por indigno, pues abandonó a su esposa en estado de enfermedad y a los hijos sin recursos económicos. Sustanciada la causa, el Juez en la sentencia de primera instancia de fs. 78, que confirma al Superior Tribunal, ha declarado fundada en parte la demanda, estableciendo que siendo el actor heredero forzoso de doña Hilda Hilario ha caducado la cláusula en que instituye herederos sólo a los hijos y nula también la cláusula en que se nombra tutores para éstos. Contra esa resolución se ha interpuesto recurso de nulidad.

Para la desheredación, es suficiente que el testador no nombre al heredero forzoso; aunque haya explicado la causa de la desheredación no es bastante para producirla porque lo esencial es que se acredite que la causa exista y justifique la disposición testamentaria.

La declaración verificada por Hilda Hilario de Cépedes, en el acto de otorgar su testamento, del hecho de haber sido abandonada con sus hijos y sij recursos económicos por su marido sin razón y sin motivo, lo fue a raíz de haberse producido una separación de hechos entre los cónyuges, lo que explica un natural y lógico resentimiento de la esposa. Está probado que el marido instó una amplia reconciliación que no encontró eco en doña Hilda Hilario, que justificó su negativa en maltratos que no hah sido probados. Es cierto que José Alejandro Ponce no cumplió con la debida regularidad el deber de alimentar a su familia; pero también está admitido que recibía muy modesta remuneración por su trabajo, lo que justifica en parte la infracción.

El art. 753 del C.C. establece que cuando el testador ha preterido en

todo o en parte a un heredero forzoso, calidad que tiene el demandante, caduca el testamento en cuanto daña los derechos del preterido. Tampoco es legal por las razones antes expuestas que se le haya quitado a Alejandro Ponce Céspedes el derecho de patria potestad sobre los menores Carlos Domingo y Corina Hilda y así resulta de la tutoría instituída por la testadora.

Conformando mi criterio con la resolución de vista, que confirma la apelada de primera instancia, opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, 15 de agosto de 1961.

Ponce Sobrevilla.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, primero de setiembre de mil novecientos sesentisiete.

Visto; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; y CONSIDERANDO: además, que en la presente causa no se invoca la nulidad del testamento por inobservancia de las formas prescritas por la ley, si no se alega la preterición sucesiva del actor así como la privación indebida de la patria potestad sobre sus hijos, para lo cual no es necesaria la intervención del albacea: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ochentinueve vuelta, su fecha cinco de diciembre de mil novecientos sesentiséis, que confirmando la apelada de fojas setentiocho, su fecha veintisiete de agosto del mimo año, declara fundada en parte la demanda de nulidad de testamento interpuesta a fojas siete por don José Alejandro Ponce Céspedes contra don Domingo Hilario Rosales y otro; con lo demás que contien; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– VIVANCO.– PERAL.– CARRANZA.– PALACIOS.– PORTOCARRERO.– Se publicó.– Lizandro Tudela Valderrama.– Secretario.

R. J. P.– XII julio N 126; 1954 p 836
TESTAMENTO.– Desheredación.

VIII,4) *1.–No habiéndose acreditado las causales en que se funda la acción para anular el testamento conservará éste su validez, aún cuando se delcare nula sólo una de sus clásulas.*

2.– La cúnyuge hereda aún cuando se declare nulo el

testamento que la instituye, atendida su calidad de heredera forzosa.

3.– La desheredación puede contradecirse y si al hacerlo se demuestra que la causal en que se funda no existe se anulará la cláusula testamentaria que deshereda.

DICTAMEN FISCAL

Causa No 673/50.– Procede de Junín.

Señor:

Don Cipriano de la Cruz otorgó su testamento por escritura pública de 10 de Noviembre de 1941, desheredando, por la cláusula 6. a su hijo natural Víctor de la Cruz e instituyendo como su única heredera a su esposa doña Eusebia Romero de la Cruz.

Doña Julia Blancas, madre del menor Víctor de la Cruz, ha demandado a doña Eusebia Romero de la Cruz para que se declare la nulidad y caducidad del testamento, por haberse infringio formalidades legales, la nulidad de la claúsula 6a. referida, y se establezca la incapacidad de la demandada para suceder a su esposo.

Tramitada la causa, el Juzgado de Primera Instancia en la sentencia de fs. 184 ha declarado fundada la demanda en todas sus partes. La Corte Superior de Junín a fs. 303, revocando en una parte y confirmando en otra la sentencia de Primera Instancia, ha declarado válido el testamento, apta para heredar a la demandada, y caduca calaúsula 6a del referido testamento. Ambos interesados han interpuesto recurso de nulidad.

La escritura pública de 19 de Junio de 1940, que corre en testimonio de fs. 1, acredita que Víctor de la Cruz Blancas es hijo ilegítimo reconocido del testador. Las causales indicadas en la claúsula 6a. para desheredarlo no están comprendidas en los casos que comtempla el art. 713 del C. C., salvo la aseveración que hace que su citado hijo en nada le asiste, que puede estimarse como la del inc. 1o, pero que no ha sido probada en autos.

Por el mérito de la prueba actuada, dicha claúsula carece de justificación.

En cuanto a la nulidad del testamento por haberse infringido las solemnidades prescritas por la ley y haber intervenido la demandada en la facción del testamento, no han sido acreditadas suficientemente.

La prueba testimonial al respecto es contradictoria, y deja duda en el ánimo, por que hay que resolver, teniendo en cuenta los vínculos que unían al testador con la heredera declarada, su esposa, que siempre es heredera, aún en el caso de declararse nulo el testamento, conforme a la última parte del art. 760 del Código Civil.

Estoy de acuerdo con la sentencia recurrida; por lo que soy de opinión que procede declarar su NO NULIDAD.

Lima, 9 de agosto de 1950.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima primero de junio de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; por los fundamentos pertinentes del dictamen del señor Fiscal: delcararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vistas de fojas trecientos tres, su fecha veintinueve de abril de mil novecientos cincuenta que confirmando en una parte y revocando en otra la de Primera Instancia de fojas ciento ochenticuatro, su fecha treintiuno de diciembre de mil novecientos cuarentiocho, delcara válido el testamento otorgado por don Cipriano de la Cruz y fundada la contradicción a la desheredación de don Víctor de la Cruz Blancas, con lo demás que contiene; condenándose en las costas del recurso a las partes que lo interpusieron; y los revolvieron.— EGUIGUREN.— SAYAN AKVAREZ. — MAGUIÑA.— LENGUA.— VALVERDE.— Se publicó.— D. Ojeda del Arco.— Secretario.

1944; p 64.

VIII,5) *La Ley no exige como condición que el testador exprese en el testamento la causa de la indignidad, sino que, conforme al sentido moral de nuestro orden jurídico, elimina al heredero forzoso si éste es indigno.*

Recurso de nulidad interpuesto por doña Juana Benza en la causa que sigue con don Ernesto Chávarri, sobre nulidad de testamento.— Procede de Junín.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Rosario Benza de Chávarri contrajo matrimonio, en 1921, con don Ernesto Chávarri; aportó a la socieda conyugal modestos bienes, cuya renta fué la fuente exclusiva de sostenimiento del matrimonio; hizo testamento, el 24 de octrubre de 1938 instituyendo heredera universal a su hija doña Juana Angélica Benza, y falleció el 23 de noviembre de 1938, un mes más tarde.

La heredera Juana Angélica Benza, nació el 1o. de mayo de 1911, diez años antes del matrimonio, y la madre la reconoce en la cláusula quinta del testamento, conforme al artículo 354 del C. C. En tal condición, la sexta cláusula testamentaria instituye a doña Juana Angélica como heredera universal.

En la cláusula tercer, la testadora declara su matrimonio con don Ernesto Chávarri, cuya partida corre a fs. 24; y que no ha llegado a tener hijos de él. No hay en el testamento ninguna referencia a las relaciones íntimas de los cónyuges, a la conducta del marido, a la posición económica de éste ni a los derechos que, eventualmente, pudieran corresponderle en la herencia, o a su desheredación.

Dicho esposo, don Ernesto Chávarri, entabla demanda, pidiendo la nulidad de la cláusula sexta que instituye heredera a doña Juana Angélica Benza, en daño de sus derechos preterido. Funda la acción en los arts. 753 y 765 del C. C. Según el primero, el testamento caduca cuando el testador ha preterido al heredero forzoso sobreviviente y que no es indigno, en la medida en que dicho testamento dañe sus derechos. Conforme al art. 765, cuando hay hijos descendientes, el cónyuge hereda una parte igual a la de un hujo legítimo.

La heredera demandada, alega la indignidad del cómyuge sobreviviente, que abandonó a su esposa, tuvo hijos adulterinos, no trabajó para el hogar común y se sostuvo de la renta de los pequeños bienes a que se ha hecho mención.

Las partidas corrientes a fs.30 y 32, acreditan que el demandante tuvo, el 12 de enero de 1938, una hija adulterina, llamada Zoila Rosa Mercedes, en doña Mercedes Paco. En virtud de tales instrumentos públicos aquella condición de la hija que es además rpobanza del adulterio, no admite ninguna duda. Ratifica la situación la carta de fs. 34. en que el demandante, días antes

de la demanda, se dirige a la heredera demandada y le dice que "cualquiera de sus hijos podria reclamar".

No obstante los referidos elementos de juicio, la sentencia de Primera Instancia de fs. 14 delcara fundada la demanda; y en consecuencia, la caducidad de la cláusula sexta del testamento de fs. 25 en cuanto daña a los derechos del demandante, a quien concede tales derechos, en la proporción de ley, sobre la herencia de su findada esposa.

Aquella sentencia se funda en la aplicación objetiva y formal de las disposiciones legales citadas por el demandante, en virtud de la cuales el cónyuge sobreviviente, hereda cuando no tiene gananciales bastantes; no estando acreditada, con arreglo a ley, su indignidad. La sentencia de vista de fs. 63, confirma la de primera instancia. El suplente no está de acuerdo con los fallos recurridos.

Nuestro régimen legal, especialmente cuando el C. C. legisla sobre la familia y la sucesión, descansa sobre conceptos morales que son comunes a los regímenes jurídicos de la civilización cristiana y que representan además, los medios con que el Estado facilita la constitución de la familia, el cumplimiento de los deberes conyugales y la sanción, por las infracciones graves de las obligaciones familiares. Esta sanción se halla comprendida en las reglas que eliminan de la sucesión a quienes son indignos de ella, precisamente en virtud de las circunstancias morales a que he hecho referencia. Así es como lo fundamental son los deberes de los cónyuges entre sí. El adulterio no solamente es un delito, sino una causa de indignidad; y tal indignidad priva, a quien la realiza, de los derechos hereditarios.

Lo fundamental es la situación moral y jurídica. Lo accesorio el procedimiento para hacerla valer. La ley no ha querido que el indigno sea heredero de la persona a quien ha hecho sufrir con su indignidad.

Según el art. 713 del C. C. el testador, expresándolo, puede privar de la herencia al cónyuge que ha incurrido en una causa de divorcio. Los incisos 1o. y 6o. del art. 247 señalan como causa de divorcio el adulterio y la conducta deshonrosa. La prueba del adulterio del demandante es instrumental.

Ella supone la conducta deshonrosa.

En consecuencia Chávarri podía ser desheredado por su esposa. Para la aplicación irrefragable y casi automática, del inciso quinto del artículo 713, sólo haría falta, dentro de una interpretación literal y dialéctica, que el testamento explicara la causa de la desheredación. Pero lo fundamental es que

la causa exista, nó que se exprese.

Según el art. 1076 del C. C., la manifestación de la voluntad comprendida en el acto jurídico, puede consistir en la expresión tácita. El acto jurídico sólo es anulable, a este respecto, conforme el art. 1079, cuando la expresión de la voluntad emane de error sustancial. En el caso de autos no hay error sustancial. Esta tendría que referirse a la naturaleza del acto, y la testadora ha tenido plena conciencia de que hacía el testamento; o al objeto principal de la declaración, siendo así que es nítida su voluntad de instituir heredera; a alguna de sus cualidades esenciales, que se refieren en este caso a la discutida situación de hija que correponde a la heredera y a la condición de los bienes.

Conforme al art. 1125, el acto jurídico es anulable cuando el agente es incapaz o cuando hay vicio de error, dolo, violencia, intimidación, simulación o fraude. No es ninguno de los casos mencionados porque la testadora no ha ignorado su condición de casada ni se ha equivocado respecto de la situación de hija reconocida de la heredera a quien ha querido instituir.

El título VIII de la sección segunda del C. C. se refiere extensamente a la caducidad y nulidad de los testamentos y el art. 753, dice que cuando el testador ha preterido al heredero forzoso y este no es indigno, caduca el testamento. No exige, como condición que el testador haya expresado la causa de la indignidad; sino que, conforme al sentido moral de nuestro orden jurídico a que me he referido, elimina al heredero forzoso si este es indigno. En concepto del suscrito la regla expresa y enteramente pertinente del art. 753, prima sobre la condición formal y secundaria de la primera parte del art. 713.

Por lo tanto, opino que hay nulidad en la sentencia de vista y que, reformando esta y revocando la de primera instancia debe declararse infundada la demanda.

Lima, 5 de mayo de 1944.

Ulloa.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 9 de mayo de 1944.

Vistos: de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon haber nulidad en la sentencia de vista;

reformándola, y revocando la apelada, declararon sin lugar la demanda interpuesta por don Ernesto Chávarri; y los devolvieron.—

Valdivia.— Portocarrero.— Ballón. — Pastor.— Benavides Canseco.

Se publicó conforme a ley.

A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 1461 de 1943.

R. J. P.— 1952; p 3077

HERENCIA.— Por representación.

VIII,6) *1.— La representación es limitada entre los descendientes.*
2.— Los herederos del hijo reconocido premuerto heredan al abuelo en representación de su padre, no obstante que el abuelo hubiere omitido en su testamento designarlo como tal heredero.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 302/952.— Procede de Tacna.

Señor: En el presente jucio seguido por don Carlos Portocarrero, tutor del menor Juan Hugo Rondón con las testamentarías de don Tomás Rondón, sobre nulidad de cláusula restamentaria, por auto de fs. 140 vta. se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por doña Narcisa Acevedo viuda de Rondón contra la sentencia de vista de fs. 138, que confirmando la de primera instancia de fs. 112, declara fundada la demanda de fs. 8; infundada la reconvención y fundada la excepción de prescripción.

Con la prueba actuada se ha acreditado que don Tomás Rondón no estaba impedido cuando tuvo relaciones maritales con doña Bárbara Espinoza y con doña Zelmira Dávila, de cuya relación nacieron Ignacio de la primera, y Fidelina de la segunda hijos que fueron debidamente reconocidos como aparece de fs. 36 a 40 y como consta en el restamento de fs. 42 don Tomás Rondón al primero de sus hijos le da la calificación de hijo natural y a los hijos de éste, el de nietos, omitiendo en dicho testamento referirse a su hija Fidelina. En la presente controversia se trata de establecer si Hugo y Tomás Rondón pueden solicitar la herencia que les hubiera correspondido a sus padres, en el caso de que estos vivieran, en representación de ellos que han

fallecido, amparados en lo que establece la primera parte del art. 679 del C. C. concordante con los arts. 700, 765 y 772 del mismo Código. La condición de Fileina está acreditada con el documento de fs. 40 y las declaraciones testimoniales de fs. 53 y fs. 53 vta. de los que aparece que es hija ilegítima de don Tomás Rondón. la que por ser heredera forzosa del testador no puede *desheredarla tácitamente,* como lo sostiene la demanda, sino en forma expresa y por causa justa debidamente consignada, según lo dispone el art. 716 del C. C., con lo que evidentemente se ha probado que la nombrada hija del testador ha sido preterida por su padre y como éste ha dejado descendientes con derechos a heredar, es evidente que la cláusula sexta del citado testamento es nula, procediendo en consecuencia declarar fundada la demanda y que Juan Hugo y su hermano Tomás Rodón R., son herederos de su abuelo don Tomás Rondón no sólo como hijos de su padre don Ignacio Rondón y en su representación, sino también en representación de su madre premuerta, Fidelina Tondón, conjuntamente con Doña Narcisa Acevedo viuda de Rondón y de acuerdo con lo que establece el art. 753 del C. C. La reconvención formulada por la demandada es infundada y la excepción de prescripción deducida a fs. 86 debe declararse fundada.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista, opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido, salvo mejor parecer.

Lima, 31 de julio de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de noviembre de mil novecientos cincuentidós.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento treintiocho, su fecha trece de mayo del presente año, que confirmando la de primera instancia de fojas ciento doce, su fecha primero de diciembre de mil novecientos cincuentiuno, declara fundada la demanda de fojas ocho por el doctor Carlos Portocarrero y, en consecuencia, la caducidad del testamento otorgado por don Tomás Rondón que, en copia, corre a fojas cuarentidós en la parte que daña los derechos de los hermanos Juan Hugo y Tomás Rondón, y, en tal virtud, nula la cláusula sexta de aquél, en cuanto omite, como su

heredera, a su hija ilegítima reconocida, Fidelina Rondón, fallecida el treinta de diciembre de mil novecientos treintiocho, dejando descendientes con derecho a heredarla; infundada la reconvención y fundad la excepción de prescripción; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Sayán Alvarez.—Checa .— Garmendia.— Maguiña.— Valverde.

Se publicó conforme a ley.— Dagoberto Ojeda del Arco, Secretario.

R. J. P.— 1970; p 1217.

DESHEREDACION.— Demanda improcedente.

VIII,7) *1.— La acción para justificar la deshereración supone como requisito sine qua non la desheredación previa del heredero forzoso.*

2.— La desheredación solo puede hacerse por testamento.

3.— Es infundada la demanda interpuesta para justificar una desheredación cuya existencia no consta de testamento.

RESOLUCION SUPREMA

Exp. No. 936/60. Procede de Cajamarca.

Lima, catorce de setiembre de mil novecientos setenta.

Vistos; y CONSIDERANDO: que, la acción justificatoria de la desheredación presupone con caracter sine qua non la previa previa desheredación testamentaria del demandado; y que, el actor no ha comprobado en el caso de autos haber otrogado testamento alguno:delcararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas 96, su fecha 27 de enero último, en la parte que revocando la apelada de fojas 81 de primero de julio del año próximo pasado, delcara infundada la demanda de desheredación interpuesta a fojas tres por don Pablo Castañeda Paredes contra don Manuel Emilio Castañeda Quiroz; reformando la primera y revocando la segunada en ese extremo: DECLARARON improcedente la referida demanda; delcararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.— PONCE MENDOZA.— ALZAMORA VALDEZ.— LEON MONTALBAN.— GARCIA CALDERON.— NUGENT.- Se publicó conforme a ley.— Ricardo La

Hoz Lora.— Secretario.

R. J. P.— 1954; p 466
DESHEREDACION.— El desheredado puede promover jucio para contradecir ésta.

VIII,8) *Debe declararse sin lugar la demanda por la que el desheredado pretende contradecir la desheredación, si se comprueba que el actor ha incurrido en varias de las causales que dan motivo a ésta, razón por la que se justifica la disposición del testador.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 733/52.— Procede de Junín.
Señor:

En el presente juicio seguido por don Alejo Aquino con doña María Carchuay y otras sobre contradicción de desheredación, por auto de fs. 192 se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por el actor contra la sentencia de vista de fs. 189. en cuanto revocando la de primera instancia de fs. 157 declara sin lugar la demanda de fs. 2, con costas.

Con la prueba actuada en autos y especialmente con la confesión de fs. 83 prestada por el demandante don Alejo Aquino, se ha acreditado que no obstante que el actor estaba casado con doña Ricardina Carhuay, tuvo relaciones maritales, en Huarochiri, con doña Victoria Mucha en la que tuvo dos hijos: Bertha y Julián César Aquino y aunque el confesante sostiene que dichos menores fueron adoptados por él, de las copias certificada d fs. 99 y 100 aparece que son hijos del femandante, inscritos ambos por el mismo actor, con la condición de hija ilegítima la primera y de hijo natural el segundo y como de la partida de fs. 115 aparece que don Alejo Aquino contrajo matrimonio con doña Ricardina Carhuay, en 16 de noviembre de 1932, es evidente que el demandante cometió adulterio incurriendo con ello en la causal de divorcio prevista por el inc. 1o del Art. 247 del C. C. Además, aparece de autos, que el actor abandonó a su cónyuge, la testadora, Ricardina Carhuay, para mantener relaciones adulterinas con su conviviente doña Victoria Mucha en Huachón, haciendo el abandono del hogar conyugal, al que se refiere el inc. 5o del Art. 247 del citado cuerpo de leyes. Como el adulterio

y el abandono malicioso del hogar conyugal, por más de dos años continuos, son causales de divorcio, es de aplicación lo dispuesto por el inc. 5o del Art. 713 del mismo Código y por lo tanto, la desheredación hecha por la testadora, resulta legal y procedente y la demanda incoada a fs. 2 por don Alejo Aquino debe declararse sin lugar. El contenido de la cláusula séptima y final de la novena del testamento de fs. 28 en forma alguna dan a la desheredación el carácter de modal o parcial y por lo tanto, el testamento y sus cláusulas son perfectamente válidos y deben surtir todos sus efectos legales.

Por lo expuesto y por lo fundamentos de la sentencia de vista, opino, que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido, en la parte materia del recurso, salvo mejor parecer.

Lima, 9 de diciembre de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima. trece de julio de mil novecientos cincuentitres.

Vistos; de conformidad con la conclusión del dictamen del Señor Fical; y considerando; que la desheredación fundada en las causales de falta de prestación de alimentos y abandono del hogar se ha acreditado suficientemente con las declaraciones testimoniales de fojas ochentinueve vuelta, a fojas noventidós, concurriendo también como elemento de convicción respecto de la efectividad de esos hechos la confesión del demandante don Alejo Aquino al absolver la pregunta décima segunda del interrogarorio de fojas ochentitrés y la conducta del mismo que resulta de los documentos de fojas noventinueve y fojas cien: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento setentinueve, su fecha dieciocho de setiembre de mil novecientos cincuentiuno que revocando la apelada de fojas ciento veinticuatro, su fecha veintinueve de abril de mil novecientos cincuenta, declara infundada la demanda sobre contradicción a la desheredación interpuesta a fojas dos por don Alejo Aquino contra doña Natividad Carhuay y otros; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron. SAYAN ALVAREZ.— CHECA, MAGUIÑA.— VALVERDE.— SERPA.— Se publicó. Dagoberto Ojeda del Arco. Secretario.

R. J. P.— 1954; p 1339.
DESHEREDACION.— Caso en que no surte efecto.

VIII,9) *No existe más causales de desheredación que las que el C. C. enumera taxitivamente, razón por la cual al testador le está negado invocar otras.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 673/50.— Procede de Junín.

Señor:

Don Cipriano de la Cruz otrogó su testamento por escritura pública de 10 de noviembre de 1941, desheredando, por la cláusula 6a. a su hijo natural Víctor de la Cruz e instituyendo como única heredera a su esposa doña Eusebia Romero de la Cruz.

Doña Julia Blancas, madre del menor Víctor de la Cruz, ha demandado a doña Eusebia Romero de la Cruz para que se declare la nulidad y caducidad del testamenteo, por haberse infringido formalides legales, la nulidad de la cláusula 6a. referida, y se establezca la incapacidad de la demanda para suceder a su esposo.

Tramitada la causa, el Juzgado de Primera Instancia en la sentencia de fs. 184 ha declarado fundada la demanda en todas sus partes. La corte Superior de Junín, a fs. revocando en una parte y confirmando en otra la sentencia de Primera Instancia, ha declarado válido el testamento, apta para heredar a la demandada, y caduca la cláusula 6a. del referido testamento. Ambos interesados han interpuesto recurso de nulidad.

.La escritura pública de 19 de junio de 1940, que corre en testimonio a fs. 1. acredita que Víctor de la Cruz Blancas es hijo ilegítimo reconocido del testador. Las causales indicadas en la cláusulas 6a. para desheredarlo no están comprendidas en los casos que contempla el art. 713 del C. C. salvo la aseveración que hace que su citado hijo en nada le asiste, que puede estimarse como la del inc. 1o. pero que no sido probada en autos.

Por el mérito de la prueba actuada, dicha cláusula carece de justificación.

En cuanto a la nulidad del testamento por haberse infringido las solemnidades prescritas por la ley y haber intervenido la demandada en la

confección del testamento, no ha sido acreditada suficientemente.

La prueba testimonial al respecto es contradictoria, y deja duda en el ánimo que hay que resolver, teniendo en cuenta los vínculos que unían al testador con la heredera declarada, su esposa, que siempre es heredera, aun en el caso de declararse nulo el testamento, conforme a la última parte del art. 760 del Código Civil.

Estoy de acuerdo con la sentencia recurrida; por lo que soy de opinión que procede declarar su NO NULIDAD.

Lima, 9 de agosto de 1950.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, primero de junio de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; por los fundamentos pertinentes del dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas trescientas tres, su fecha veintinueve de abril de mil novecientos cincuenta que confirmando en una parte y revocando en otra la de Primera Instancia de fojas ciento ochenticuatro declara válido el testamento otorgado por don Cipriano de la Cruz Torres apta para heredar a doña Eusebia Romero viuda de la Cruz y funda la contradicción a la desheredación de don Víctor de la Cruz Blancas; con partes que lo interpusieron; y los devolvieron. EGUIGUREN.– SAYAN ALVAREZ. – MAGUIÑA SUERO. – VALVERSE.– LENGUA.– Se publicó.– Dagoberto Ojeda del Arco.– Secretario.

VIII.– LA DESHEREDACION.

Las ejecutorias VIII, 1) de 28 de octubre de 1948, VIII, 2) de 25 de agosto de 1944, no dan lugar a mayor comentario, pues aplican simplemente lo dispuesto en al art. 715, en su primera parte en cuanto al plazo útil para interponer la acción contradictoria de deheredación, y en su segunda parte en cuanto a que esa acción sólo compete al desheredado o a sus sucesores. Aquí se plantea una cuestión sobre qué debe entenderse por sucesores. Se debe entender quienes son tales, en virtud de un *hereditatis titulus*. No está en consideración el supuesto de sucesores *latu sensu*, como adquirientes de un derecho por un titulo diferente. En cuanto a los sucesores con derecho a

accionar en mérito del art. 715, se comprende tanto a los que son como legales así como los que son por testamento.

La desheredación solamente puede hacerse mediante testamento. Esto deriva del art. 713, que habla de "testador". Tal es lo que aparece de la ejecutoria VIII, 7), de 14 de setiembre de 1970. No cabe por ende, intentarse la acción que preve el art. 716 si no se ha producido antes la desheredación, por no existir declaración testamentaria al respecto. Lo mismo ocurriría si se quisiera interponer una acción en base del art. 715.

La ejecutoria VIII,3) de 1 de Setiembre de 1967, concierne a un caso de contradicción a la desheredación realizada por el causante . La desheredación sólo puede hacerse por acto formal constituído por declaración testamentaria, expresándose justa causa, es distinta de la incapacidad, que procede "*ope legis*". Las contradicciones son procedente en relación a las causales de art. 715. En el caso tratado el actor demostró la no procedencia de la causa invocada por la testadora, por lo cual se declaró fundada la demanda respectiva.

Precisamente, la ejecutoria VIII, 4) de 1 de Junio de 1954 consagra la regla de que la desheredación ha de fundarse en alguna de las causales previstas en el art 713, para que ella prevalezca. No resultando acreditada ninguna de esas causales es fundada la demanda que deja sin efecto la desheredación. Y es que la desheredación es una especie de "jus punieni" en el campo del derecho civil, por una conducta reprochable en el sujeto con vocación hereditaria, en el sentido que pierde esa vocación si incurre en tal conducta. La aplicación de ésto queda librada a la apreciación del causante. Pero no es una apreciación *ad nutum*, pues si no carecería de razón de ser la enumeración de causales que contiene el art. 713, y la posibilidad que se brinda al desheredado de contradecir la fesheredación producida. La norma de "pure autem filium exheredari", se extiende a todo heredero necesario.

La necesidad de que se indicase *quare ex heredi* se hallaba ya consagrada en el Digesto, por lo dicho, sobre la posibilidad de contradicción otorgada a los *exheredari*. Decisión idéntica acerca de este asunto, se encuentra en la ejecutoria VIII, 9), de 1 de junio de 1954.

La ejecutoria VIII, 5), de 9 de mayo de 1944 parece que no ha hecho una distinción pulcra entre indignidad, desheredación y preterición.

En el caso juzgado no se podía hablar de desheredación, porque no hubo la respectiva declaración en tal sentido de parte del testador, supuesto "sine qua non", para que se dé la figura, esto es la declaración respectiva *exheredandi*. Pero el marido no fué considerado en la herencia según el testamento

del causante. Luego este tenia derecho a la acción por preterición (art. 753) en la parte que le correspondia como heredero forzoso. Mas se alegó el adulterio cometido por dicho demandante. Ello podía constituir una causal de exheredación, sin que se hubiere hecho la respetiva declaración (por aplicación del art. 713), lo que no ha ocurrido, como se ha dicho antes. No se podía alegar una causal de indignidad. Las causales de indignidad están enumeradas en el art. 665, y en ninguna de ellas se comprende el adulterio cometido por el consorte del heredado (el caso del inc. 5 del art. 665 se refiere al adulterio, pero en una situación distinta). En consecuencia, legalmente no procedía excluir de la herencia al marido, y éste podía entablar fundadamente la acción por preterición, en base del art. 753. La ejecutoria que declaró infundada la demanda nos parece que estuvo equivocada, por lo antes expuesto. Lo que sostiene el informe fiscal sobre que no es necesaria la declaratoria expresa del testador de desheredación, sino que basta con una omisión al no haber el testador nombrado ni por lo tanto designado al heredero, no es aceptable, pues la declaración tácita solo es aducible cuando no se exige una expresa, que es lo que ocurre con la desheredación (art. 713).

La ejecutoria VIII, 6) de 22 de Noviembre de 1952 sostiene una buena tesis, en cuanto en base a lo que se dice en la vista fiscal, se reconoce el derecho de los nietos del causante a heredar en representación del padre premuerto, aunque haya omisión en el testamento del causante de la "*hereditas juris*", que correspondía al hijo premuerto y que heredan los nietos sobrevivientes, porque tratándose de herencia forzosa no cabe desheredación tácita, por lo cual se resolvió que dichos nietos tenían derecho de concurrir a la herencia, funcionando el art. 679. Aunque la ejecutoria resuelve, en verdad, un caso de representación de descendiente, aquélla es interesante en cuanto remarca, segun la Vista fiscal, que el desconocimiento del derecho de este *heres necessarius* no puede ser estimado como una deshedación, pues es indispensable para ella al llamada *exhereditie nominatun,* lo que no sucedió en el caso que fuese juzgado.

IX

LOS LEGADOS

IX,1) *El legatario carece de título para ejercitar la acción de nulidad contra el testamento que lo instituye.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Por escritura pública de 12 de Abril de 1946, a que se contrae la copia certificada de fs. 18 vta. doña Etelvina Florindez Vda. de Cueto otorgó su testamento, instituyendo diversos legados y como heredero del resto de sus bienes a su sobrino don Rufino Florindez Aranza, a quien designó albacea.

Uno de los legatarios, don Arturo Florindez Espino, ha demandado la nulidad del testamento, alegando inobservancia de las disposiciones de la ley del Notario; falta de capacidad bastante de la testadora; y, según es de verse del otro sí del recurso de fs. 1, que la firma de aquella es falsa.

En el curso del juicio se estableció la autenticidad de la firma, mediante la pericia correspomdiente, no objetada; por lo que respecto de este fundamento de la demanda se produjo el desistimiento de fs. 45 vta.

En la sentencia de fs. 50 el Juzgado de Primera Instancia declaró infundada la demanda. La Corte Superior de Ica. a fs. 63, confirmó la precitada sentencia, originando recurso de nulidad del demandante.

No existe prueba de la alegada incapacidad de la testadora. Al respecto el actor no ha ofrecido ninguna.

En cuanto a la infracción u omisión de las disposiciones de la Ley de Notariado, aparece del testamento que el Notario procedió a examinar a doña Etelvina Florindez Vda. de Cueto y la encontró capaz para testar; que en el testamento intervinieron los tres testigos que señala la ley; que la testadroa dió razón de su nombre, edad aproximada, estado civil, e hizo la relación de sus bienes; y que el testamento le fué leído por el Notario cláusula por cláusula, en cuyo contenido se ratificó.

No es causal de nulidad del acto la falta de inscripción en el Registro de Testamentos, desde que es omisión que no afecta al acto mismo y que da lugar a responsabilidad si existen daños y perjuicios, los que en el caso de autos no se han probado.

Opino, que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia

decurrida.

Lima, 12 de Diciembre de 1949.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidos de diciembre de mil novecientos cuarentinueve.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal, y no habiendo acreditado el actor tener el título indispensable para ejercitar la acción de nulidad contra el testamento, conforme al artículo cuatro del Título Preliminar del Código Civil: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesentitres, su fecha dieciseis de mayo del presente año, por la que se confirma la de primera instancia d fojas cincuenta y su complementaria de fojas cincuenticinco, sus fechas dos y seis de diciembre del año próximo pasado, respectivamente, y declara improcedente la demanda interpuesta a foja una por don Arturo Florindez contra don Rufino Florindez, sobre nulidad del testamento de doña Etelvina Florindez viuda de Cueto; y los devolvieron.

Frisancho.– Fuentes Aragón.– Cox.– Pinto.– León y León.–

Se publicó conforme a ley.

Jorge Vega García. Secretario.

Cuaderno No. 460. Año 1949.

Procede de Ica.

R. J. P.– Año IV, No III, 1953; p 297

VOCACION HEREDITARIA.– HEREDERO VOLUNTARIO.– DERECHO DE ACRECER.– LEGADO.– CADUCIDAD.

IX,2) *1. No existiendo herederos forzosos, la voluntad de la testadora es la que rige la sucesión. La testadora puede válidamente, al nombrar un heredero universal en el remanente, limitar su vocación hereditaria, excluyendo del acervo patrimonial transmisible, bienes de los cuales ha dispuesto en legados.*

II. Los bienes que quedan vacantes, por muerte del legatario antes que la testadora, no corresponden al nombrado como heredero universal en el remanente, si la testadora había dispuesto de esos

bienes, en cláusulas anteriores, en la cual lo instituye como heredero universal.

III. Contra el poseedor con título inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, no puede ejercitarse la acción reivindicatoria, si se ha vencido el plazo que señala el inciso 1o del artículo 1168 del Código Civil.

(Primera Sala – Corte Suprema de la República. Causa No 747. Año 1952. Caravedo c. Ferrer).

DICTAMEN DEL AGENTE FISCAL

Señor:

Don Carlos Caravedo. fs. 16, demanda a los herederos de doña Beatriz Soria de Ferrer para que se le entregue la cuarta parte del pleno dominio de los fundos "Inquisidor" y "Pulido". Funda su derecho en el testamento otorgado por doña Ana María Soria vda. de Caravedo con fecha 15 de setiembre de 1918, por ante el Notario Prieto, testimonio de fs. 1, en el que la testadora dispuso que el usufructo de los fundos mencionados correspondía por igual al actor y a la señora, cuya sucesión se demanda, y que la propiedad correspondería en un cincuenta por ciento a don Carlos Caravedo, si no fallecía antes que la causante, o tenía descendencia legítima. La otra mitad de la propiedad se dividiría entre los hijos de doña Beatriz Soria de Ferrer, don Francisco y don Ramón Ferrer Soria, a la muerte de aquella. (Cláusula 5a, 6a y 7a del mencionado testamento).

Pero ocurre que don Ramón Ferrer Soria falleció en 4 de marzo de 1919, según certificado de fs. 7 debida y legalmente traducido y legalizado, fs. 5, y que la testadora murió el 1o de octubre del mismo año, partida de fs. 8. Por éste hecho, el demandante estima que habiendo premuerto el legatario a su causante, el legado quedó sin efecto, de conformidad con los arts. 711 y 790 del C. C. de 1852 y numerales 724 y 752 del C. C. vigente. Como por cláusula 9a del citado testamento se le instituyó universal heredero estima que es de aplicación el art. 798 del abrogado Código Civil, por disponerlo así el art. 1830 del C. C. de 1936, y, en consecuencia, que la cuarta parte de los fundos mencionados, y que hubierea sido de don Ramón, le pertenece conjuntamente con los frutos percibidos desde el 23 de diciembre de 1948, fecha en que murio doña Beatriz Soria de Ferrer. Igualmente, demanda a los Registros Públicos para que se rectifique los asientos Nos. 8, de fs. 11 del

Tomo 40 y 9 de fs. 283, del Tomo 295, en los que figura don Ramón adquiriendo la precitada cuarta parte. También solicita que no habiendo tenido derecho alguno en la referida propiedad, no podía transmitirla a su señora madre, y en consecuencia, que son también nulos los asientos Nos. 15 de fs. 395 del Tomo 257 y 14 de fs. 379, del Tomo 245, que así lo establecen.

Los demandados contestan la acción, fs. 37, y expresan que es infundada proque Caravedo no fué instituído heredero universal, porque específicamente sólo se le asignaron determinados derechos y porque la testadora dispuso de todo su patrimonio, asignando particularmente los bienes a diferentes legatarios en la proporciones fijas y determinativas que indicó en su memoria testamentaria, de tal modo que sobre tales bienes no cabía vocación virtual y emergente del actor, porque a ellos fué llamado sólo en su calidad de legatario. Aseveran, así mismo, que la cuarta parte que reclama el actor no puede ser considerada remanente, por haberse dispuesto, precisamente, de todos los bienes por la testadora. Interponen excepción de prescripción, de conformidad con el art. 1168 del C. C. vigente, por tratarse de acción reivindicatoria de carácter real, por haber transcurrido más de 20 años desde la fecha en que falleció la señora de Caravedo, fecha 1o de octubre de 1919, en que se abre su sucesión testamentaria y que determina el "dies a quo" para el ejercicio de cualquier acción derivada de la herencia a la de interposición de la acción de fs. 16.

La prescripción aducida es negada por el actor, fs. 60, quien afirma que no ha transcurrido el plazo de 30 años señalado en el art. 871 del C. C., que es el aplicable en el caso sub-judice. Además, sostiene que tiene la calidad de condómino y por tanto, lo amparan los arts. 894 y 902 del acotado, ya que la prescripción no corre entre condóminos.

La excepción perentoria deducida no es fundada, puesto que para adquirir un inmueble por prescripción adquisitiva, sin justo título ni buena fe, es menester que el bien sea poseído como propietario durante un término de 30 años continuos. Solamente a partir del 8 de setiembre de 1927, fecha en que se inscribió el dominio en el Registro de Propiedad, según copia de fs. 8, es que ha comenzado a correr la prescripción. Pero aún así, si se aceptara que los bienes se trasmitieron a sus legatarios desde la fecha de su fallecimiento, 1o de octubre de 1919, tampoco ha vencido el término mencionado. La excepción es, pues, del todo infundada.

Ahora bien, entrando al fondo del asunto, es evidente que el legado hecho a don Ramón Ferrer, por cláusula 7a del referido testamento, caducó por muerte del favorecido, quien falleció antes de que se produjera el deceso de la testadora. Este hecho que está debidamente acreditado con el certificado de defunción de fs. 7, legalmente traducido, y que establece que don Ramón Ferrer S. falleció el 4 de marzo de 1919. La partida de defunción de fs. 8, comprueba que la señora Ana María Soria vda. de Caravedo murió el 1o de octubre de 1919. Luego es de estricta aplicación el art. 790 del C. C. de 1852, que prescribe que el legatario que muere antes que el testador no adquiere derecho al legado ni lo trasmite a sus herederos a no ser que éstos hubiesen sido llamados igualmente por el testador. Como en este caso los herederos de don Ramón no fueron llamados a heredar el legado, es decir, no tenían vocación testamentaria, la cuarta parte de la herencia dejada por la señora viuda de Caravedo no podía ser transmitida a los herederos del legatario don Ramón. Luego, la inscripción efectuada en el Registro de Propiedad, por el mérito del auto de declaratoria de herederos de don Ramón y de la diligencia de inventarios, no es procedente, ya que los herederos mencionados no podían ser propietarios, puesto que don Ramón no llegó a recibir el legado, por haber pre-muerto a la testadora.

Conforme a las disposiciones legales citadas al no ingresar al patrimonio de don Ramón Ferrer S. la cuarta parte de los fundos citados, mal podía heredarlos su señora madre. Este extremo de la demanda queda, pues, debidamente probado en autos.

Con arreglo al art. 702 del abrogado Código Civil, el testador podía instituir como universal heredero a cualquier persona, siempre que no tuviera herederos forzosos, que es obvio no hubiera podido preterir. Tal el caso de autos. No se ha contradicho lo expresado en el testamento menciondo, y antes bien de su texto se desprende que la señora viuda de Caravedo no tenía herederos con el carácter de forzosos. Por ello, la ley la facultaba para convertir en legatario universal, vale decir heredero univeral, como lo declara en la cláusula 9a de su testamento, al demandante. Queda, pues, también establecida su condición de heredero universal. Hay que indicar que para el Código Civil de 1852, bajo cuyo imperio se redactó la declaración de última voluntad, el legatario a título universal podía ser instituído. El art. 719 y numerales siguientes del actual Código Civil no prohiben tal institución, como asevera la parte demandada, por lo que, en todo caso, la figura se da y no

reviste forma ilegal. Quizás sí, para mejor ilustración, comvendría dejar sentado que la figura del heredero universal no implica que éste tenga vocación hereditaria por el integrum de la masa, pues esa condición no se pierde por otros legado que se pudieran hacer de la misma masa.

Establecidas la siguientes premisas: 1a Don Ramón Ferer no podía recibir el legado instituído por la testadora en su favor por haber pre-muerto a ésta; y, 2a Don Carlos Caravedo tiene la calidad de heredero universal; queda por dilucidar si el actor tiene vocación sobre la cuarta parte de los fundos "Inquisidor" y "Pulido".

Debemos examinar la cláusula novena del testamento otorgado por doña Ana. Por dicha cláusula ésta instituye al demandante como universal heredero del remanente de su bienes. Ahora bien; es posible que, dada la situación de lejanía, en que se hallaba el Perú de Francia, el estado de las comunicaciones, o por cualquier otra circunstancia aleatoria, la señora viuda de Caravedo no supo o no pudo modificar el testamento otorgado, con relación al deceso de don Ramón Ferer. Pero debe de comprenderse en el remanente a dicha cuarta parte del bien, interpretando la voluntad de la testadora. Como puede apreciarse de un análisis del testamento, hay la evidente intención de favorecer al actor. Le deja la mitad del usufructo de los fundos, la mitad de la propiedad si tiene descendencia legítima, otro inmueble y otras especies. Además lo convierte en heredero universal del remanente de sus bienes.

El concepto de remanente no puede tomarse en el momento en que si hizo el testamento, sino en el momento en que se abrió la Sucesión. Todo aquello que no fué dispuesto por la testadora debe considerarse como remanente. La mente de la testadora es transmitir a su heredero univeral todos los derechos y acciones que posee y éste es el caso de autos.

Además, de conformidad con los arts. 798 y 801, del abrogado Código Civil, habiendo vacado el legado, este le corresponde al heredero universal. La cuestión debatida es clara y precisa.

Por las consideraciones expuesta: procede que usted Señor, declare infundada la excepción de prescripción deducida por los emplazados y fundada la demanda interpuesta por don Carlos Caravedo, y en consecuencia, que la cuarta parte de los fundos "Inquisidor" y "Pulido", que fuera dada en legado a don Ramón Ferrer S., le corresponde a don Carlos Caravedo, siendo nula la inscripción de dominio hecha a favor de doña Beatriz Soria de Ferer y

de sus herederos, debiendo éstos entregar esa cuarta parte al demandante, más los frutos desde el 22 de diciembre de 1948, fecha en que falleciera la citada usufructuaria señora Soria de Ferrer, partida de fs. 15.

Lima, 16 de noviembre de 1951.

Portocarrero Olave.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, veinticuatro de noviembre de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; a fs. dieciséis don Carlos Caravedo interpone demanda ordinaria de reivindicación contra los causa-habientes de doña Beatriz Soria de Ferrer para que se le entregue la cuarta parta del dominio de los fundos rústicos Inquisidor y Pulido; dice que su título deriva del testamento que otorgó doña Ana María Soria de Caravedo en el que sipuso de sus bienes en legados, dejando para el remanente como heredero al demandante; demanda también la nulidad de los asientos de los Registros Públicos en la parte en que la inscripción no se encuentra de acuerdo con su derecho que ahora demanda judicialmente; a fs. treintisiete los demandados contestan la demanda, negándola y deducen la excepción de prescripción contestada a fs. sesenta; habiéndose seguido la causa con arreglo a su naturaleza, su estado es el de pronunciar sentencia; y CONSIDERANDO: que las partes están de acuerdo y además consta de prueba instrumental en autos, que doña Ana María Soria viuda de Caravedo, el quince de setiembre de mil novecientos dieciocho otorgó testamento en escritura pública, en el que, entre otras dispisiciones, dejaba a su hemana doña Beatriz Soria de Ferrer, la mitad del usufurcto de los fundos Inquisidor y Pulido, cláusula quienta, y en la siguiente, al actor la otra mitad del usufructo de los mismos fundos, que para el caso del fallecimiento de doña Beatriz Soria de Ferrer, la propiedad de la mitad de los fundos dejados en usufurcto pasaría, por partes iguales a los hijos de doña Beatriz, don Ramón y don Francisco; que si el actor falleciera antes que la testadora, la otra mitad dada en usufructo a su favor pasaría en propiedad a la institución de caridad que indica; en la cláusula novena que es la sustancia, para el caso que se contravierte, hace institución de herederos para el remanente de su bienes, en calidad de único y universal a favor del demandante don Carlos Caravedo; que la cuarta parte de los fundos mencionados, destinada en propiedad de don Ramón Ferrer Soria, no llegó a

tener vigencia ni pudo transmitirse al beneficiado, porque don Ramón falleció antes que la testadora; que en consecuencia, caducó la disposición de bienes, en esta parte, art. 752 del Código Civil, inciso segundo; que todo el problema de este pleito se reduce a entender si esa cuarta parte de la porpiedad total del fundo, tiene el sentido de remenente de que habla la cláusula novena del testamento, de lo que no cabe duda alguna, ya que en este remanente no solo puede comprenderse lo que hubiera quedado sin disposición específica, sino también aquello que vuelve a la masa sin transmitirse porque lo determina así la ley, como es el caso de caducidad por muerte del legatario y heredero antes que el testador, de cuya interpretación no cabe la menor duda, si se estudia el testamento de fs. una y se aprecia que a través de todas sus disposiciones está manifiesta la volunta de la testadora de favorecer al demandante en froma preferente a sus otros parientes; que aclarada esta cuestión, sólo resta la de la prescripción deducida al contestar la demanda, en que citándose el art. 662 del C. C. vigente, se deduce que habiendo pasado más de veinte años, plazo de prescripción de la acción real, la acción no está ya expedita; que en rigor, el art. 622 citado, confiere la acción de petición de herencia y tiene por objeto que quien no ha podido en acción ordinaria, lo que no es el caso de autos, ya que el actor tiene la condición de heredero desde el testamento de fs. una, años 1918, calidad que nadie puede discutirle, y en consecuencia ese plazode prescripción no puede oponérsele, salvo que los demandados hubieren adquirido por prescripción sin la formalidad de título, para lo que evidentemente no ha trasncurrido el plazo; que por el mérito de estas consideraciones, la demanda para rectificar los asientos de los Registros Públicos no viene ya a ser otra cosa que una consecuencia inexorable del reconocimiento del derecho del demandante; estando a lo que disponen los artículos 798 y 801 del C. C. del 1852; de conformidad con el dictamen del señor Agente Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce; FALLO: declarando infundada la excepción de prescripción deducida pro los demandados y fundada la demanda interpuesta por don Carlos Caravedo y en consecuencia que la cuarta parte de los fundos Inquisidor y Pulido que fuera dada en legado a don Ramón Ferrer S., le corresponde a don Carlos Caravedo, siendo nula la inscripción de dominio hecha a favor de doña Beatriz Soria de Ferrer y de sus herederos, debiendo estos entregar esa cuarta parte al demandante, más los frutos desde el veintidós de diciembre de mil novecientos cuarentiocho, fecha en que falleciera la cita usufructuaria señora Soria de Ferrer, partida de fs.

quince.– JOSE MERINO REYNA.

DICTAMEN DEL FISCAL DE LA CORTE SUPERIOR

Señor:

Don Carlos Caravedo demanda a los herederos de doña Beatriz Soria de Ferrer para que le entreguen el pleno dominio de la cuarta parte de los fundos rústicos "Inquisidor" y "Pulido", así como los frutos; demanda, asimismo, a los Regristros Públicos para que rectifiquen los asientos de inscripción de los referidos bienes, que han sido anotados como de propiedad de don Ramón Ferrer Soria. El actor hace derivar su derecho, del testamento otorgado por la que fué doña Ana María Soria viuda de Caravedo, quien dejó al actor y a su hermana, doña Beatriz Soria de Ferrer, el usufructo, por partes iguales, de los referidos fundos "Inqusidor" y "Pulido", estableciendo, que a la muerte de ésta, la mitad de los fundos que dejaba en usufructo pasarían a ser propiedad de don Ramón y don Francisco Ferrer Soria. El testamento añadía que los bienes de que no hubiera dispuesto la testadora pasarían a ser porpiedad del demandante, don Carlos Caravedo, en calidad de "único y universal heredero". Pero ocurrió que don Ramón Ferrer Soria falleció antes que doña Ana María Soria de Caravedo, de donde el actor concluye que la cuarta parte que le hubiera correspondido a éste, en caso de heredar, se comviertió, al morir doña Ana María Soria de Caravedo, en un bien de que no había dispuesto en su testamento y por consiguiente, de propiedad del demandante.

Los herederos de doña Beatriz Soria de Ferrer contradicen la acción, negando al demandante la condición de heredero universal y deducen, la excepción perentoria de prescripción, dudándola en la disposiciones de los arts. 662 y 1168 del C. C. El representante del Ministerio Público Fiscal, que interviene por haberse interpuesto demanda contra los Registros Públicos, contesta la acción manifestando que se atendrá al mérito que arrojen las pruebas en el curso del procedimiento.

Aparece de autos que doña Ana María Soria viuda de Caravedo falleció el año 1919 (fs. 8), momentos desde el cual el demandante debía ser considerado como propietario de las porciones de los fundos "Inquisidor" y "Pulido" que reclama en esta acción. Aparece, igualmente, que la inscripción de dominio de las partes reclamadas por el demandante fué hecha en los Registros Públicos en 1927 (fs. 9 y sgts.) La demanda que ha originado este

procedimeitno es de 1949. Cualquiera de las dos fechas que se considere como punto de partida para reclamar el dominio de la cuarta parte de los fundos "Inquisidor" y "Pulido" dada de hace más de 20 años, por lo que la acción ha prescrito (arts. 662 y 1168, inc. 10 del C. C.)

Es del todo infundada la opinión que declara infundada la prescripción porque no ha transcurrido el lapso exigido para la prescripción adquisitiva. La prescripción extintiva es una institución autónoma, regida con su propios principios y que no puede estar subordinada a los de otra institución, como es la usucapión.

En el procedimiento materia de autos no está en discusión si los demandados han adquirido por usucapión, de modo que resulta impertinente y acarrearía nulidad pronunciarse sobre el particualar. El Juzgador debe pronunciarse exclusivamente acerca de la prescripción extintiva del derecho de reclamar herencia o de iniciar acción real, que se encuentran regidas por las disposciones de los arts. 662 y 1168, inc. 1o del C. C. Según estas disposiciones, perfectamente coordinadas entre sí, como que corresponden a la misma insstitución de la prescripción extintiva, el término para reclamar una herencia o para iniciar una acción real, prescribe a los 20 años.

Estando, pues, prescrita la acción, resulta inoficioso pronunciarse sobre el derecho que hubiera podido correpomder al demandante en el caso de que hubiese reclamado oportunamente.

Por lo expuesto, OPINO: porque revocando la sentencia de fs. 136, su fecha veinticuatro de noviembre del año próximo pasado, se declare fundada la excepción de prescripción deducida por los demandados y sin lugar la demanda.

Debe reintegrarse el papel en que incide esta Vista Fiscal por el sellado correpondiente, en guarda de los intereses del Estado.

Lima, 23 de Julio de 1952.

Velasco.

SENTENCIA DE VISTA

Lima 22/9/1952.

Vistos: con lo expuesto por el Sr. Fiscal CONFIRMARON la sentencia de fs. 136, su fecha 24 de noviembre último, que declara fundada la demanda interpuesta por don Carlos Caravedo y, en consecuencia, que la cuarta parte

de los fundos "Inquisidor" y "Pulido" que fuera dada en legado a don Ramón Ferrer S. le corresponde a don Carlos Caravedo, con lo demás que contiene; y los devolvieron.

RAMIREZ–VALDEZ TUDELA–PENAL.

DICTAMEN FICAL

Señor:

A fs. 16 don Carlos Caravedo interpone demanda de reivindicación contra los herederos de doña Beatriz Soria de Ferrer para que le entreguen la cuarta parte del pleno dominio de los fundos rústicos "Inqusidor" y "Pulido" y los fructos correspondientes, producidos desde el 23 de diciembre de 1948. Acumulativamente, demanda también a los Registros Públicos para que se rectifique los asientos No 9 de fs. 293 del tomo 295 y No 8 de fs. 11 del tomo 40 en cuanto se expresa en ellos que don Ramón Ferrer Soria adquirió la cuarta parte de los nombrados fundos, en virtud del testamento de doña Ana Soria viuda de Caravedo y para que se declare que son nulos y deben cancelarse los asientos No 15 de fs. 395 del tomo 257 y No 14 de fs. 379 del tomo 245, por los que se ha registrado en las partidas de los mismos fundos, que los derechos que en ellos correponden a don Ramón Ferrer Soria han pasado a su heredera, doña Beatriz Soria de Ferre. Funda la acción en que doña Ana María viuda de Caravedo, por testamento otorgado en 15 de setiembre de 1918 dispuso que el usufructo de los fundos "Inquisidor y "Pulido" correspondería por partes iguales al demandante y a doña Beatriz Soria de Ferre, hermana de la testadora y que la propiedad de las mismas haciendas pasaría, la mitad a la descendencia legítima del actor; una cuarta parte, para don Ramón Ferrer Soria y como por la cláusula novena se le instituyó único y universal heredero del remanente, al haber fallecido don Ramón Ferrer Soria el 4 de marzo de 1919 antes que la testadora, considera el actor que este legado quedó sin efecto, de confromidad con lo dispuesto por los arts. 711 y 790 del C. C. derogado y por lo tanto esta cuarta parte le pertenece al demandante, en su condición de heredero universal, del remanente.

Los demandados contradicen la acción a fs. 37 manifestando que el actor no ha sido instituído heredero universal, porque específicamente se le asignaron dereminados bienes y que la testadora dispuso de todos los que

formaban parte de su patrimonio, asignando a los diferentes legatarios porciones fijas y deteminadas, de modo que sobre tales bienes el actor carece de vocación hereditaria y que la cuarta parte reclamada, no puede considerarse remanente, por haber dispuesto la testadora de todo su patrimonio. Además, los demandados deducen la excepción de prescripción fundándose en el art. 1168 y 662 del C. C. vigente. El actor a fs, 60 niega la excepción planteada, por considerar que no ha transcurrido el plazo de 30 años fijados por el att. 871 del C. C,. y que teniendo la condición de condómino no procede dicha excepción de confromidad con los dispuesto por los asr. 902 y 871 del cirado Cuerpo de Leyes.

Habiéndose probado con el certificado de defunción de fs. 7, legalmente traducido, que don Ramón Ferrer Soria falleció el 4 de marzo de 1919 y con la partida de fs. 8 que doña Ana María Soria viuda de Caravedo murio el 1o de octubre del mismo años, es evidente, que de conformidad con lo dispuesto por el art. 790 del C. C. de 1852, el legado hecho a favor de don Ramón Ferrer por la cláusula séptima del testamento de fs. 1, caducó por haber muerto el legatario antes que la testadora y por lo tanto, la cuarta parte de los fundos "Inquisidor" y "Pulido" no pudo ser adquirido por el nombrado legatario, ni puede transmitirse a sus herederos.

Por la cláusula novena del testamento de fs. 1 el actor fué instituído heredero universal del remanente de los bienes y como el art. 798 del C. C. derogado, aplicable al caso de autos, establece que los legados que caduquen o vaquen por muerte del legarario, antes que el testador, o renuncia u otra causa, pertenecen al heredero universal, es evidente que la cuarta parte de los referidos fundos, a que se refiere el legado, que caducó por fallecimiento de don Ramón Ferrer, pertenece al demandante. Además, el art. 702 del citado Código faculta a la testadora, que no tenía herederos forzosos, para instituir como heredero universal a cualquier persona y con mayor razón a quien, como el actor, había sido criado como hijo por aquellas.Evidentemente que el testamento sólo dispone para después del fallecimiento su otorgante y por ello, el remanente no puede fijarse en relación con la fecha del testamento, sino con la fecha en que se abre la sucesión testamentaria y por ello la alegación contraria, es violatoria de la intención de la testadora, manifestada en todo el referido instrumento público, del que fluye clara y precisa, la voluntad de favorecer al actor al instituirlo como heredero universal, por lo que, procede declarar fundada la demanda, en todas sus partes.

La excepción de prescripción debe declararse infundada, ya que para adquirir un inmueble por este medio legal, sin tener justo título, ni buena fe es necesario que el bien se posea como propio, durante 30 años y en el caso de autos, el término no se ha vencido.

Por las consideraciones expuestas y por los fundamentos de la setencia de vista, opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido, salvo mejor parecer.

Lima, 24 de noviembre de 1952.

GARCIA ARRESE.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, trece de enero de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; considerando: que el actor al ser instituído por la cláusula novena del testamento, que en testimonio corre a fojas una, como heredero del remanente de los biene y derechos de lo que no dispuso la testadora en dicho testamento, fué investido de una vocación hereditaria limitada por los términos expresos de dicha institución; que tal limitación excluyó del acervo patrimonial transmisible en favor del nombrado sucesor los bienes consistentes en los inmuebles a que se refieren las cláusulas quinta, sexta y sétima del mismo testamento, con los que constituyó los legados en favor de las testador, que es la ley que rige la transmisión sucesoria cuando se trata como el presente caso de una institución de heredero voluntario, respecto del cual funciona discrecionalmente, por voluntad el causante la imposición de condiciones, modalidades, gravámenes y cuantas restriciones quiera establecer por su testamento; que habiendo quedado en la circusntancia expuesta, vacante la sinstitución de legatario de la nuda propiedad de don Ramón Pedro José Ferrer y Soria por haber fallecido después del otorgamiento del testamento, y poco antes de la muerte del testador, esa asignación con que fúe favorecido conjuntamente con su hermano Francisco, dejó de acrecer la porción de este último, porque no hubo indeterminación de cuotas, requisito necesario de acuerdo con lo que preceptúa el artículo setecientos veintiséis y su referido, el ochocientos dos del Código Civil, para le acrecimiento entre legatario nombrados conjuntamente; que el mencionados legado de la nuda propiedad vacante por no haber tampoco instituído sustituto, como pudo hacerlo el testador, que

recogierá dicho legado, quedó como bien atribuído al heredero legal, por estar subrodinado aquél en su vocación hereditaria a la limitación contenida en la cláusula novena; que la calidad de heredero legal no corresponde al demandante porque carece de todo vínculo de parentesco con el testador, según consta de la copia del testamento con que se recuada la demanda y más bien son los demandados, según ese mismo testamento, por carecer el testador conforme a su delcaración de ascendientes y decendientes, los que ostentan la calidad de herederos legales, por lo que el desplazamiento sucesorio causado por la vacancia del legado, no se opera a favor del heredero voluntario quien por tal consideración está desprovisto de la acción reivindicatoria deducida; que, por lo mismo, resulta también inoperante la excepción de prescripción propuesta por los demandados, y en todo caso, en la hipótesis de haber correspondido al demandante el título hereditario que invoca, el ejercicio de la acción planteada, existindo un título traslativo al dominio inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, se habría extinguido, pues el plazo para utilizarla de veinte años señalado en el artículo mil ciento sesentiocho, inciso primero del Código Civil, estuvo vencido con exceso en la fecha de la interposición de demanda: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento sesentiséis, sus fecha veintidós de setiembre último, que confirmando la apelada de fojas ciento treintiséis, su fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos cincuentiuno, declara fundada la demanda interpuesta por don Carlos Caravedo, en autos con don Fernando Ferrer; reformando la primera y revocando la segunda: delcararon infundada dicha demanda y sin objeto la excepción de prescripción deducida a fojas treintisiete,; sin costas; y los devolvieron.— EGUIGUREN.— SAYAN ALVAREZ.— VALVERDE.— SERPA.— ALVA.

R de los T.— 1946; p 16

IX, 3) *No es nulo el legado instituído en favor de una religiosa, ni de una institución de la misma índole.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Manuela Mayorga Valdivieso de García, demanda la nulidad de la

cláusula del testamento otorgado por su tía, doña Margarita Valdivieso de Valdivieso, con fecha 4 de Julio de 1921, según la cual, instituye un legado, a favor del Beaterio de la ciudad de Caravelí, consistente, en la cesión de la viña denominada "La Ranchería", y establece, que el usufructo de éste inmueble, lo goce la monja, Sor María Josefa Valdivieso, por sus días, pasando después, perpetuamente, al Beaterio. Demanda, asimismo, y como consecuencia de la nulidad que pretende, la reivindicación de ese bién; alegando para todo ello, el título de heredera de la testadora.

Funda su acción en que la usufructuaria, es monja profesa del Monasterio de la Encarnación de ésta Capital, y como tál, no ha podido heredar; que el legado, ha prescrito, porque no se pidió su entrega dentro del término de la Ley; y que el Beaterio, no existe desde hace muchos años. Comprende también, en su demanda, al Párroco, doctor Daniel E. Cornejo, Administrador y poseedor de los bienes del Beaterio; pero como el último, dedujo excepciones a fjs. 10, la demandante, se desiste de su acción, iniciada contra el excepcionista, a fjs. 11, y al dársele por desistida, por auto de su vuelta, se manda seguir el juicio, solo contra la monja, quedando sin objeto, aquellas excepciones. La última, presenta el escrito de fjs. 12, ante el Juez comisionado de esta Capital, al ser notificada con el traslado de la demanda, rechazando, de plano, el fundamento de ésta, y oponiéndose a la acción; y a fjs, 19, se abre el término probatorio.

El doctor Cornejo con el poder de fjs. 30, se apersona a nombre de la monja, a fjs, 32, y terminada la tramitación del juicio con el auto de fjs, 88, que ordenó pronunciar sentencia, se expide la de fjs. 132, cuyo fallo, declara infundada la demanda; y que apelado a fjs. 137, motiva el confirmatorio de fjs, 155, contra el que hace valer recurso de nulidad, el personero de la demandante (fjs. 149), a fjs. 156; y denegado el pedido de fjs. 157, referente a la exoneración de costas, se concede, el de fjs, 156, por auto de fjs. 161.

En primer lugar, la demandante, no ha acreditado el título con que, actúa, y que afirma en su demanda, o sea que es heredera, de la que otorgó el testamento, pero en el cual no figura como tál, pues, del que en copia simple corre, afjs, 61, no objetado aparece que era simple legataria, y por consiguiente, no ha quedado comprobado, el título que invoca en su demanda, para pretender justificarla.

En segundo lugar, hay error al afirmar, que el legado ha prescrito, por no haberse pedido su entrega, dentro del término fijado por el C. C. derogado,

para la aceptación de la herencia, pues consta de autos que él fué recibido oportunamente, y esto se demuestra, en forma inobjetable, con el mérito del expediente acompañado, que se tiene a la vista, sobre interdicto de recobrar, seguido por Sor María Josefa, contra don Juan de Dios García, esposo de la actual demandante, y otros, y que terminó favorablemente a la primera.

En tercer lugar, no ha existido disposición legal alguna, que prohibiera, en la fecha del otorgamiento del testamento, al Beaterio, en él favorecido que pudiera ser beneficiado con un legado; y todo lo contrario la ley de 16 de Octubre de 1901, estableció el amplio derecho de las Congregaciones Religiosas, para adquirir y disponer, por no ser ya, manos muertas.

Las declaraciones que obran a fjs. 37 y siguientes; el documento de fjs. 52; las copias certificadas, de fjs. 61, 100 y 106, de estos autos, y el de la confirmatoria de fjs. 88 vuelta de los acompañados, así como las fundadas y legales razones que contiene la sentencia de Primera Instancia, para desechar la demanda, la justifican, en concepto del Fiscal, y por ello, opina su Ministerio, que la Corte Suprema debe declarar, que NO HAY NULIDAD, en su confirmatoria recurrida.

Lima, 21 de Diciembre de 1945.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 26 de Diciembre de 1945.

Vistos: de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fojas ciento cincuenticinco; su fecha dieciseis de Junio del año próximo pasado, que confirmando la apelada de fojas ciento teintidós, su fecha trece de Enero del mismo año, declara infundada la demanda sobre reivindicación interpuesta por doña Manuela Mayorga Valdivieso de García contra Sor María Josefa Valdivieso Regentes y otro; con lo demás que contiene; condenaron en la multa de dos cientos soles y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Señores.

Valdivia.— Portocarrero. Samanamud.— Mata.— Lavalle.

Se publicó conforme a Ley.

José Merino Reyna.— Secretario.

Causa No. 1724.– Año 1945.
Procede de Arequipa.

TOMO XIII- Lima, 18 de Setiembre de 1943 – No 522
REVISTA DE LOS TRIBUNALES

IX, 4) *Hay acrecencia entre coherederos cuando el testador no dispuso específicamente la parte de herencia que debía corresponder a cada uno de ellos.*

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, junio 20 de 1942

Vistos; con los pedidos que se separarán, resulta de autos: por el recurso de fjs. 3, don Juan Roberto Préntice, solicita la declaración de herederos de don Estuardo Préntice, fallecido en 15 de setiembre de 1940, en favor suyo por haber fallecido también don Tomás Prentice, 15 días antes, por lo que había que declarar la caducidad de la institución de herederos que consta de la cláusula tercera del testamento que otorgó el 26 de noviembre de 1932, ante el Notario Chepote; seguido el procedimiento que señale la ley, por auto de fs. 44, se ordinarizó la causa, y absuelto el trámite respectivo, se recibió ésta a prueba; por resolución de 20 de marzo del año en curso, se ordenó la acumulación del juicio seguido entre los mismos interesados, sobre caducidad de herencia; seguido ambos juicios, por los trámites que a su naturaleza corresponde, ha llegado el caso de expedir sentencia; y CONSIDERANDO: que conforme aparece de la cláusula del testamento otorgado ante el Notario Manuel R. Chepote, en 26 de noviembre de 1932, que en copia corre a fs. 10, don Estuardo Préntice instituyó como sus únicos y universales herederos a sus hermanos don Tomás y don J. Martín Préntice; que según partida de fs. 37, el testador falleció el 15 de setiembre de 1940, por lo que con arreglo al art. 1830 del Código Civil, los derechos a su herencia se rigen por la ley actual; que habiendo fallecido don Tomás Préntice el 30 de agosto de 1940, conforme consta de la partida de fs. 38, esto es, antes que el testador, es de aplicación el art. 726, del Código Civil, desde que se trata precisamente del caso contemplado en el art. 802 del mismo Código, o sea que el testador no

señaló específicamente la parte de la herencia que debía corresponder a cada hermano instituído; que en consecuencia, al heredero supestite don J. Martín Préntice, le corresponde la totalidad de la herencia de don Estuardo Préntice, por derecho de acrecencia; que por lo mismo, es fundada la oposición contenida en el escrito de fs. 11, resultando improcedente, la petición de fs. 3, de don Juan Roberto Préntice, para que se declare herederos legales del testador, en la parte que correspondió a don Tomás; por estos fundamentos y los que aduce el Señor Agente Fiscal, en el dictamen de fs. 70. FALLO: declarando fundada en parte la demanda acumulada de fs. 63; cáduca la institución de herederos hecha en favor de don Tomás Préntice, por don Estuardo Préntice, cuya herencia corresponde íntegramente, por derecho de acrecencia, al heredero sobreviviente don J. Martín Préntice, fundada la oposición de este último contenida en su escrito de fs. 11, y sin lugar la declaratoria de herederos, solicitada a fs. 3, por don J. Roberto Préntice, a la que se han adherido doña Margarita Préntice de Reyes, don Alejandro, don Guillermo y doña María Rosa Préntice, en los escritos de fs. 14, 17 y 23; sin constas.— L. Velarde Alvarez.— A. Mansilla, Actuario.

SENTENCIA DE VISTA

Lima, octubre 9 de 1942

Autos y Vistos; de conformidad con lo opinado por el Señor Fical: confirmaron la sentencia de fs. 71, su fecha 20 de junio último, que declara fundada en parte la demanda acumulada de fs. 63, caduca la institución de heredero hecha en favor de don Tomás Préntice por don Estuardo Préntice, cuya herencia corresponde íntegramente, por derecho de acreencia, al heredero sobreviviente don J. Martín Prétice, con lo demás que contiene y es materia de la alzada; y los devolvieron.— Samanamud.— Mata.— Echevarría.— F. García Rada, Secretario.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Fiscal opina que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida por doña Margarita Préntice de Reyes y Roberto Reyes.

Lima, setiembre 10 de 1943.

Araujo Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, setiembre 17 de 1943

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 80 vta, su fecha 9 de octubre de 1942, que confirmando la apelada de fs. 67, su fecha 20 de junio anterior, declara fundada en parte la demanda de fs. 63 e infundada la de fs. 3 y que ha caducado la institución de heredero hecha por don Estuardo Préntice, con lo demás que contiene: condenaron en la multa de 200 soles y en las costas del recurso la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– VALDIVIA.– PORTOCARRERO.– BALLON.– PASTOR.– BENAVIDES CANSECO.– Se publicó conforme a ley.– A. Eguren Bresani Secretario.

Cuaderno No. 1681 –Año 1943

Peocede de Lima.

ANALES JUDICIALES.– 1964; p 78

IX, 5) *No procede legalmente el pago de intereses por legados no específicos. Solamente una vez pagado el impuesto a la herencia, se encuentra el legatario en condición de exigir su crédito.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Da. María Antonia Núñez Núñez viuda de Muñoz Nájar, por su testamento de 2 de diciembre de 1955, fs. 23, deistribuyó sus bienes, en legados, beneficiando, entre otros, a su cuñada Da. Sara Polar viuda de Núñez, con la suma de S/. 20,000.00, a doña Enriqueta Núñez de Duclós con 50,000 y a su sobrino D. Fernando Núñez Barclay con S/. 30,000.00. La testadora falleció cinco años después. Estos legados han sido pagados por la albacea Da. María Núñez de Caritg, en 28 de junio de 1963, tres días después de pagado el impuesto sucesorio, testimonio de fs. 33 y certificados de fs. 38 y siguientes.

El apoderado de los legatarios antes nombrados, Dr. Juan Manuel Polar U. ha interpuesto demanda contra D. María Núñez de Caritg, albacea de la

testamentaría de Da. María Antonia Núñez viuda de Muñoz Nájar, para que pague a sus representados los intereses legales de sus respectivos legados, desde la fecha del fallecimiento de la testadora, 1 de diciembre de 1959, hasta el día en que fueron cancelados esos legados, 28 de junio de 1963, escritura de fs. 33, Según la demanda esos intereses ascienden a la cantidad de S/. 42,000.00. Invoca la disposición del Art. 723 del C. C.

El apoderado de la demandada, por su escrito de fs. 15, niega y contradice los fundamentos de la demanda. Sostiene que no existe disposición legal que obligue al pago de intereses por legados no específicos; que sólo pagado el impuesto de herencia estaba el legatario en condición de cobrar.

La sentencia recurrida, en discordia de votos, revocando la de primera instancia, ha declarado fundada la demanda y ordenado el pago de los intereses materia de la acción.

Conforme al Art. 1239 del C. C., extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar. Los actores entraron en posesión de ese derecho, sólo después de haber pagado la alcabala de herencia. La escritura pública de fs. 33 acredita que los legados fueron pagados tres días después de haberse cancelado el impuesto sucesorio. Los legados de los demadantes no son específicos, no se les ha legado créditos que devengan intereses. No se ha contradicho la afirmación de la demandada de que los créditos que menciona la testadora, fueron en su mayor parte cobrados antes de su muerte. No es tampoco el caso de resistencia al pago del legado, que haya dado lugar a la acción de cobro, susceptible de generar obligación de pagar intereses a partir de la fecha de la demanda.

En concepto de este Ministerio, la acción intentada no tiene asidero legal. No procede el pago de intereses de los legado no específicos, a que se contrae la demanda de fs. 2.

HAY NULIDAD en la sentencia recurrida; y reformándola la Corte Suprema se servirá confirmar la de primera instancia, que declara infundada la demanda.

Lima, 19 de noviembre de 1963.

VELARDE ALVAREZ

RESOLUCION SUPREMA

Lima, siete de diciembre de mil novecientos sesenticuatro.

Vistos; de conformidad con el dictamen el señor Fiscal: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuentiuna, su fecha veintidós de setiembre del presente año, que revocando la apelada de fojas cuarentitrés, su fecha tres de julio del mismo año, declara fundada en parte la demanda de cobro de interese interpuesta a fojas dos por doña Sara Polar de Núñez y otros contra doña María Núñez de Caritg; reformándola: confirmaron la de primera isntancia que declara infundada dicha demanda; sin constas; y los decolvieron.– SAYAN ALVAREZ.– VALDEZ TUDELA.– GARCIA RADA.– VIVANCO MUJICA.– ALARCON.

Se publicó conforme a ley.– Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa 696/64.– Procede de Arequipa.

Ra JP Año X, Nov No 106, 1952, p 2946

LEGADO.– En dinero.

IX, 6) Si la sentencia firme que se pronunciara manda entregar el legado de dinero, se deberan intereses de la cantidad que representa desde fecha de la citacion con la demanda de entrega de legado.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 609/952.– Procede de Arequipa.

Señor: A fs. 62 La Corte Superior de Arequipa, apoyándose en los fundamentos de la sentencia de primera instancia de fojas 56 ha confirmado en todas sus partes declarando fundada la demanda interpuesta a fojas 6 por doña Francisca Chávez de Lazo contra don Justo Germán Cordero Bernal, sobre entrega de legado, intereses legales desde la fecha de la citación con la demanda y las constas de juicio; con lo demás que la sentencia resuelve, habiéndose declarado sin lugar la reconvención, lo que motiva el recurso de nulidad hecho valer a fojas 65.

La resolución de vista es legal y se apoya en el mérito de prueba ofrecida y actuada, la misma que se aprecia en la parte considerativa de

primera instancia, amparada por el Superior. Por estas consideraciones soy de parecer que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la recurrida.

LIma, 29 de setiembre de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinte de octubre de mil novecientos cincuentidós.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesentidós, su fecha once de junio último, que confirmando la apelada de fojas cincuentiséis, su fecha siete de noviembre de mil novecientos cincuentiuno, declara fundada la demanda interpuesta por doña Francisca Chávez de Lazo y que don Germán Cordero debe pagar a la actora la suma de dos mil soles, intereses y costas del jucio; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Sayán Alvarez.— Garmendia.— Maguiña.— Valverde.

Se publicó conforme a ley.— Dagoberto Ojeda del Arco, Secretario.

R J P.— 1951; p 271

LEGADO.— Pago de los mismos.— Consignación de intereses.

IX,7) *1.— En el juicio que los legatarios siguen contra el heredero universal para el pago de los legados en dinero, se deben intereses de las cantidades legadas desde la fecha que se demando el pago de dichos legados.*

2.— La consignación en pago corta el curso de los intereses, los que solo se deben hasta la fecha en que se hizo.

DICTAMEN FISCAL

Causa No 1538/1949.— Procede de Junín.

Señor: Don Lucio R. Sotomayor, y demás personas que suscriben el recurso de fs. 17, han demandado a doña Rosa Jaime de Gonzales, heredera universal de doña Irene Jaime, para que los pague la cantidad de S/. 33,000.00 y sus intereses desde la fecha del fallecimiento de la testadora,

importe de los legados que les dejó; así como para que la demandada les reembolse la suma que han pagado por impuesto de sucesión. En el curso del juicio la demandada consignó el importe de los legados, como aparece del escrito de fs. 181.

En la sentencia de fs. 201 el Juzgado, declaró fundada la demanda; ordenando el pago de las sumas referidas y sus intereses, computando los de los legados desde la fecha de la citación con la demanda. La Corte Superior de Junín a fs. 234 vuelta, revocando en parte dicha sentencia, ordena que los intereses referidos se computen desde el fallecimiento de la testadora.

La demandada trae recurso de nulidad.

Del testamento que en testimonio corre a fs. 11, resulta que la testadora ordenó que con fondos de la sucesión se pagara el impuesto a la masa hereditaria. De manera que como los legatarios han abonado el impuesto que grava los legados, debe serles reintegradas las sumas que por tal concepto se vieron obligados a pagar.

En cuanto los legados mismos, su importe, como ya se ha dicho, se consignó a fs. 181.

Tratándose de los intereses, estoy de acuerdo con la sentencia recurrida. Desde el fallecimiento del testador el legatario adquiere la propiedad del legado, conforme lo establece el art. 723 de C. C. Si la demandada no cumplió con abonarlos en su oportunidad debe intereses desde que se produjo el fallecimiento del causante.

Opino que procede declara que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 10 de Junio de 1950.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, cuatro de agosto de mil novecientos cincuenta.

Vistos; de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal: y considerando que: a fojas ciento ochentiuna, y en treintiuno de agosto de mil novecientos cuarentiocho se consignó la cantidad de treintirés mil soles oro, suma a que ascienden los legados que el actor retiró de la Caja de Depósitos y Consignaciones, como consta de la diligencia de entrega de fojas ciento ochentitrés: DECLARARON HABER NULIDAD en la sentencia de

vista de fojas doscientos treinticuatro vuelta, su fecha veintiséis de noviembre del año último, en la parte que ordena a doña Rosa Jaime de Gonzales, pague a don Lucio R. Sotomayor y otros, intereses de la suma de treintitrés mil soles, desde la fecha del fallecimiento de la testadora, doña Irene Jaime; reformándola en este punto, confirmaron en el mismo la apelada de fojas doscientas una vuelta, su fecha nueve de junio del mismo año, que manda abonar dichos intereses desde la interposición de la demanda hasta la fechaen que se efectuó el pago; declararon:NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene: y los devolvieron.

Zavala Loaiza.— Láinez Lozada.— Cox.— Eguiguren.

Se publicó conforme a ley.— Francisco Velasco Gallo, Secretario.

R JP.— 1952, p 2947

REIVINDICACION.— De legado.

IX, 8) *Los legatarios tienen acción para exigir la entrega de la cosa que el testador dispuso se les diera, a quien se encuentra poseyéndola, sin que este pueda alegar prescripción alguna, ya que quedo interrumpida con la citación con la demanda.*

DICTAMEN FISCAL

Esp. 518/951.— Procede de Ancash.

Señor: Sí con arreglo al Testamento y Codicilo bajo cuyo imperio falleció doña Juana Hidalgo, y cuyas cláusulas pertinentes corren copiadas a fs. 7 y 8 vuelta, dispuso ésta se estableciera en su casa, situada en la calle Bolivia No 46 de la ciudad de Huaraz; un hospicio para huérfanos de padre y madre y pobres de solemnidad, a cargo, dirección y vigilancia de la Beneficiencia Pública de esa ciudad, casa que después de sus días seguirían ocupándola sus legatarios Ernesto, Eleodoro y Carmen Palacios, mientras se estableciera definitivamente el hospicio; y si como se ha acreditado ampliamente en esta causa, y en especial por la imspección ocular de fs. 44, no se ha establecido en dicha casa el hospicio para el que fué destinada por la fundadora, claro está que corresponde entre tanto la posesión y usufructo de ella a los nombrados legatarios, quienes con tal objeto y para que les sea entregada la finca, interpusieron la demanda de fs. 22 contra la Beneficiencia

Pública de Huaraz que la posee; demanda que sustanciada con arreglo a los trámites propios de su naturaleza ordinaria, ha sido declarada fundada por la sentencia de primera instancia de fs. 150, que confirmada por la Superior de vista de fs. 177 vuelta, motiva el recurso de nulidad traído.

El Testamento y Codicilo en que se apoya la acción y los antecedentes de caso, que quedan expuestos en la primera parte de este dictamen, justifican ampliamente los derechos de los actores para poseer y usufructuar la casa en cuestión, mientras se establezca definitivamente el hospicio instituído, lo que ha debido hacer y no lo ha hecho, o no ha podido hacerlo, la Beneficiencia demandada desde el año 1907 en que, falleció la instituyente, reteniendo por lo mismo, así indebidamente un inmueble, cuyo usufructo corresponde a los demandantes quienes como se acredita por los expedientes acompañados, han venido desde dos años después de ese fallecimiento reclamando y sosteniendo sus derechos, lo que deja establecido, por sí sólo, la improcedencia de prescripción de acción, aducida por la Beneficencia demandada.

Estoy pues de acuerdo con la sentencia de vista recurrida de fs. 177 vta, que confirmando la de primera instancia de fs. 150, declaro fundada la acción y sin lugar la prescripción relacionada; por lo que opino que procede declarar su NO NULIDAD.

Lima, 19 de setiembre de 1951.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, nueve de octubre de mil novecientos cincuentidós.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento tentisiete, su fecha trece de enero de mil novecientos cincuentiuno, confirmando la apelada de fojas ciento cincuenta, su fecha cuatro de mayo de mismo año, declara fundada la demanda de fojas veintidós, en consecuencia, que la finca materia de la acción se entregue a doña Carmen Palacios de Huamán en autos con la Sociedad de Beneficiencia de Huaraz; con los demásque contiene; sin costas; y los devolvieron.

Checa.— Bustamente Cisneros.— Garmendia.— Maguiña.— Valverde.

Se publicó conforme a ley.— Dagoberto Ojeda del Arco, Secretario.

R de los T.– 1938; p 310.

IX, 9) *La acción deducida, pidiendo la nulidad del legado instituído en un testamento, por haberse excedido el testador en la parte de que pudo disponer libremente, enerva el mérito ejecutivo de ese instrumento.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Por el mérito del testamento de D. Francisco Julio Jimeno, del que consta la renta vitalicia de noventa soles, legada a Margarita Mendoza, ha interpuesto esta demanda ejecutiva para el pago de la renta devengada contra los herederos del testador, representados por la madre Susana Burmester v. de Jimeno.

La oposición que formula la representante legal de los herederos se funda en la nulidad del legado, por ser contraria a las disposiciones del C. C. que limitan el derecho del testador, cuando hay hijos legítimos, y naturales, entre quienes debe hacerse la partición de la herencia.

Esta nulidad es materia del juicio ordinario abierto por la acción que ha interpuesto la señora Burmester, y debe resolverse en ese fuicio aún en tramitación.

De modo, que la oposición al auto de pago, fundada en la nulidad del instrumento con que se apareja la demanda, no invalida ni enerva sus efectos jurídico, mientras no se declare.

En esta virtud opino, que no hay nulidad en la recurrido que confirmando el apelado, manda llevar adelante la ejecución.

Lima, octubre 4 de 1937

Muñoz.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 5 de setiembre de 1938

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y considerando: que la acción deducida por la viuda de Jimeno, por su naturaleza y objeto enerva el mérito de la parte del instrumento en que se funda la demanda interpuesta a fs. 2 por doña Margarita Mendoza: declararon HABER NULIDAD en la

sentencia de vista de fs. 117, su fecha 15 de julio del año próximo pasado: reformándola, y revocando la apelada de fs. 96, su fecha 24 de abril el mismo año, declararon fundada la oposición de fs. 8 y sin lugar por ahora la ejecución promovida a fs. 2, con costas; y los devolvieron: BARRETO.– QUIROGA.– ZAVALA LOAIZA.– CARDENAS.– BALLON.– Se publicó conforme a ley.– M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No 1086– Año 1937

Procede de la Libertad

R de los T.– 1944; 0461

IX, 10) Es válido el pago de legado, en favor de un menor, hecho por el albacea al padre, sino existe contra éste decisión judicial que le suspenda o prive del ejercicio de la patria potestad.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña María Aurora Vega Fernández, demanda a don Alfredo Gálvez Vega, para que, como albacea que fué de doña Rosa Fernández de Gálvez, le entregur los soles 6,000.– que la testadora le legó en su testamento de 15 de Enero de 1926; adelantándose a afirmar que jamás ha estado en poder de su padre, don Enrique Vega, sinó bajo la protección de su tío don Tomás Fernández; y el demandado acompañando el testimonio de la escritura que corre a fjs. 2, deduce la excepción de inoficiosidad de la demanda, a fjs. 5 y que se declara fundada por auto de fjs. 10, pero fué revocado por el de fjs. 16, declarándose improcedente dicha excepción, sancionándose por la Ejecutoria Suprema corriente a fjs. 20; y contestándose la demanda a fjs. 25, se deduce la excepción de irresponsabilidad; recibiéndose la causa a prueba a fjs. 26, declarándose fundada la nulidad de las declaraciones a que se refiere el auto de fjs. 61, y resolviéndose por la sentencia de su vuelta, en el sentido de declararse infundada la demanda, y funda la excepción propuesta.

Apelada ésta sentencia, a fjs. 65, el Tribunal Superior, por auto de fjs. 76, la revoca; declara dundada la demanda, e infundada la excepción planteada, y ordena que el albacea entregue el legado reclamado con sus intereses legales

desde la fecha que entró a ejercer el cargo; con el voto discordante de fs. 77 por lo que origina recurso de nulidad de la parte demandada, concedio a fjs. 79.

Aparece del instrumento público. corriente a fjs, 2, que el legado, con que fué favorecida la demandante, por la testadora, le fué entregado, en Mayo de 1928, al apoderado, especialmente designado, con ese objeto, por el padre de la demandante, don Enrique Vega G., quien ejercía la patria potestad, porque aquella era menor de edad, según lo demuestra la partida de fjs. 9, de la que resulta, que en esa fecha, tenía 7 años, aporximadamente.

La demandante sostiene, desde que inició su demanda, que jamás ha estado en poder de su padre; agregando, en el curso del juicio, que éste la abondonó, poco tiempo después de su nacimiento, incurriendo en pérdida de la patria potestad; pero todo ésto, no ha sido comprobado en la única forma que lo determina la ley, ya que la patria potestad, sólo se pierde cuando así se declara en el juicio correspondiente; y consta, al contrario, de la escritura de fs. 71, que don Enrique Vega, padre de la demandante María Aurora, en Abril 23 de 1924, dos años antes de cancelar el legado para ésta, obtenía autorización judicial para vender, en remate público, como lo hizo, en ejercicio de la patria potestad y administrador de los bienes de dicha menor y sus hermanos, las acciones que tenían en el inmueble a que se hace referencia en la escritura de dicha foja.

El Tribunal Superior, para patrocinar la acción y revocar la sentencia de Primera Instancia, considera, que el albacea, cuando el padre de la menor le solicitó la entrega del legado, antes de acceder a ello, debió concurrir al Juez respectivo, para que señalara la fecha y forma de la entrega, puesto que en la cláusula del testamento, se omitió determinar la forma de darle cumplimiento, citando, el art. 817 del C.C. derogado, pero que no es de aplicación, porque no se refiere a la entrega de los legados incondicionales, como el que origina la demanda, sino a la ejecución de obras o negocios que encarga el testador, y que convierte el albacea, en mandatario especial.

El demandado cumplió, en su condición de albacea con la obligación que le impuso la testadora, al entregar, como lo hizo, al padre de la demandante, y su guardador, que ejercía la patria potestad, el legado que para ella dejó la testadora; y por ello, y porque no hay prueba de que la escritura en que se hace la cancelación, fuera simulada, es evidente que surte sus efectos legales; que ha quedado cumplida la obligación del albacea, y que es

infundada la demanda; por todo lo que, y las legales y fundadas razones que la sentencia de Primera Instancia contiene, el Fiscal es de opinión que la Corte Suprema, debe declarar que HAY NULIDAD en la resolución de vista recurrida; reformándola, confirmar la de Primera Instancia, que la demanda desecha, y la excepción ampara.

Lima, 6 de Noviembre de 1944.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 20 de Noviembre de 1944.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas setentiséis, su fecha trece de Junio del presente año; reformándola confirmaron la de Primera Instancia de fs. sesentiuna y vuelta su fecha trece de Setiembre del año anterior, que declara infundada la demanda sobre entrega de legado interpuesta por doña María Aurora Vega Fernández contra don Alfredo Gálvez Vega; con lo demás que contiene; y los devolvieron.— Señores.— Valdivia.— Portocarrero.— Pastor.— Benavides Canseco.— Noriega.

Se publicó conforme a ley.

José Merino Reina. Secretario.

Causa No. 1006.— Año 1944.

Procede de Junín.

R. de los T.— 1941; p. 406

IX,11) Legado de frutos del quinto de libre disposición.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Fiscal opina por la nulidad de la sentencia recurrida por la revocación de la apelada y porque se declare fundada la demanda de fs. 12 de las hermanas Ganoza, e infundada la reconvención, por los fundamentos de los votos singulares de los vocales de la Corte de La Libertad señores Manucci y

Morales.

Lima, octubre 5 de 1940.

Araujo Alvarez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, noviembre 26 de 1940.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, por los fundamentos pertinentes del voto discordante de los señores Vocales Manucci y Morales; y considerando, además: que la cláusula 18o. del testamento de fs. 25, importa, por el tenor explícito de su texto y por su espíritu, un legado del quinto –y por tanto del margen legal– de los derechos que el testador don Enrique Ganoza Bracamonte tenía en la Empresa Aurífera Pataz limitada, toda vez que ordena que en caso de venderse las minas que constituyen dicha Empresa, se entregue el quinto del productolíquido de su venta a sus cuatro hermanas mencionadas en el testamento, (conindependencia, según expresamente declara el testador, del legado dejado a las mismas en cláusula anterior); y que en el caso de no venderse las minas, se les de el quinto de las utilidades que arroje el negocio, indefinidamente, mientras subsista la Empresa, o sea que se contemplan en la expresada disposición testamentaria, todas las posibilidades del ejercicio del derecho de propiedad sobre el 5o. referido, que en tales condiciones se transfiere a las legatarias; que si bien, conforme al art. 772 del C.C. vigente al abrirse la sucesión de don Enrique Ganoza Bracamonte, el heredero es propietario de la herencia desde la muerte del heredado y son suyos los frutos de los bienes que herede, la situación y derechos del legatario, respecto de los bienes legados, es rigurosamente análoga, conforme a los arts. 784 y 785 del mismo Código; y que la cuestión relativa a reducción del monto de los legados, ha quedado resuelta en la sentencia de vista, contra la que no se ha interpuesto recurso en esa parte: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 276, su fecha 15 de setiembre de 1939, que confirmando la de Ia. instancia de fs. 178, su fecha 1o. de agosto de 1938, declara infundada la demanda y fundada en parte la reconvención: reformando la 1a., y revocando la segunda, declararon fundada la demanda y sin lugar la reconvención; y, en consecuencia, válida la cláusula 18o. del testamento de don Enrique Ganoza Bracamonte, por la que este dispone que se de a sus cuatro hermanas doña Zoila Elena, doña Emilia,

doña Angélica y doña Laura Ganoza de la Puente el quinto de las utilidades demandado, el que les será entregado, previa la operación pericial correspondiente; sin costas; y los devolvieron.— Barreto.— Zavala Loaiza.— Ballón.— Benavides Canseco.— García Maldonado.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 13.— Año 1940.

Procede de La Libertad.

A J.— 1944; p 289

IX, 12) *La parte que pudo corresponder al heredero premuerto, acrece el acervo hereditario que ha de repartirse por partes iguales entré los instituídos únicos y universales herederos.*

Recurso de nulidad interpuesto por José Cánepa, en la causa que sigue con Norberto Chiarella, sobre declaratoria de herederos.— Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Es muy interesante la cuestión jurídica que se ventila en este proceso. Se trata de determinar si procede la acrescencia automática entre los coherederos testamentarios o si los descendientes de uno de estos, muerto antes que el testador, pueden reclamar, a título de herederos legales, la parte que hubiera correspondido a su padre en la herencia del causante.

Don Pascual Chiarella falleció el 19 de mayo de 1937, bajo testamento de 9 de abril de 1929, protocolizado el 2 de noviembre de 1937. En este testamento instituyó como herederos únicos y universales, por partes iguales, a siete de sus sobrinos. Entre estos sobrinos estaba don Pábl0 Cánepa quien murió el 5 de mayo de 1932, es decir cinco años antes de su presunto causante.

Un grupo de sobrinos de don Pascual Chiarella sostiene que ha caducado la institución de heredero que aquél verificó en favor de don Pablo Cánepa y que, en consecuencia, les corresponde a ellos como herederos legales de don Pascual Chiarella, la sétima parte que debió tocar al

premuerto Pablo Cánepa. A este efecto piden la declaratoria de herederos de don Pascual Chiarella, en la referida sétima parte. Se fundan los demandantes en el inciso segundo del artículo 752 del C. C., que dice: "Caduca la institución de heredero: 2o Cuando el heredero es incapaz de suceder o renuncia la herencia o muere antes que el testador, o cuando el heredero es el cónyuge y se declara el divorcio o la separación".

También se fundan en el inciso cuarto del artículo 758 que dice: "La herencia corresponde a los herederos legales en los casos siguientes: 4o Cuando caduca la institución de heredero voluntario".

Finalmente se fundan en el artículo 771, que dice: "Si no hay descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge, ni hermanos, la herencia corresponde a los demás parientes colaterales, excluyendo el más próximo el más remoto y distribuyéndose la herencia por partes iguales entre los del mismo grado, sin distinción de líneas ni de doble o simple vínculo".

Los sobrinos favorecidos por el testamento de don Pascual Chiarella se oponen a la acción sosteniendo que los siete nombrados en la cláusula sexta del testamento eran únicos y universales herederos, lo que significa que la herencia no puede pasar a poder de otros sino que, por el contrario, funciona una acrescencia acorde con la voluntad del testador de excluir pretensiones de herederos legales.

También sostienen los demandados que tanto el C. C. de 1852, bajo cuyo imperio se otorgó el testamento, como el de 1936, dentro de cuya vigencia se ha abierto la sucesión, establecen el derecho de acrescencia entre herederos testamentarios en herencias no determinadas. La no determinación, en su concepto, consiste en que no están individualizados los bienes como resulta de la expresión, "que se divida la herencia por iguales partes" usada por el testador. No hay duda de que la institución de heredero en favor de don Pablo Cánepa caducó a la muerte de su causante don Pascual Chiarella, conforme al inciso cuarto del artículo 758 del mismo Código, la herencia corresponde a los herederos legales, cuando caduca la institución de herederos testamentarios.

De manera que, en principio, el derecho de los demandantes funciona bien, legalmente. Se reduce, pues, la controversia a la cuestión de la acrescencia entre los herederos testamentarios. El C. C. vigente ha establecido en su artículo 1830 que la herencia de los fallecidos después de su promulgación, sea o no con testamento, se adjudicará con arreglo al mismo

Código; pero que, en cuanto éste lo permita, se cumplirán las disposiciones testamentarias.

El artículo 729 del C. C. de 1852 decía: "Pasará a los herederos legales del testador el todo ó parte de la herencia que vacare sea por renuncia de todos ó alguno de los herederos voluntarios, ó sea por su muerte antes que la del testador".

"Sin embargo, los herederos legales no tendrán los derechos concedidos por este artículo y los dos anteriores, 724 y 727, cuando fuere diversa o contraria la voluntad expresa del testador".

Y el artículo 797 del mismo Código de 1852 decía: "No hay derecho de acrescencia entre los legatarios, si el testador no lo establece clara y expresamente".

La lectura de la cláusula sexta que es la pertinente, del testamento de don Pascual Chiarrella, corriente a fojas 18 contiene una institución de herederos "únicos y universales" para que se dividan la herencia "por iguales partes". La calificación de únicos y universales no puede significar cosa distinta que el propósito de eliminar sólo en ese momento de la herencia a los otros sobrinos del testador; pero no hay razón jurídica ni lógica para suponer que el testador preveía la muerte de algunos de sus herederos antes que la suya y quería, para este caso, que tampoco fueran llamados los herederos legales en la proporción correspondiente.

Si así hubiera sido el testador hubiese buscado la fórmula habitual que se emplea para prever el reemplazo de un heredro premuerto La calificación de universalidad debe también ser referida a la herencia prevista por el testadór; y, por un razonamiento análogo, hay que suponer que éste quería que todos sus bienes fueran para los herederos favorecidos.

Pero no estableció el curso de una parte de la herencia en el posible caso de fallecimiento de uno de los herederos.

El Código de 1852 es el marco natural dentro del que el testador, (hizo sus disposiciones en 1922), fijó los alcances legales de su herencia. La presunción jurídica es que él no ignoraba los citados artículos 729 y 797 del C. C. de 1852. Ahora bien, la condición que fija el artículo 729, en virtud del cual los herederos legales no hacen suya parte de la herencia vacante por muerte de uno de los herederos constituídos, no se ha realizado, porque no existe ninguna prueba de que fuera contraria o diversa la voluntad del testador.

Si esa voluntad hubiera sido en favor del acrescentamiento hubiera tenido que ser expresa, según el artículo 797.

El artículo 726 del Código vigente dice: "Hay derecho de acrecer entre los coherederos o colegatarios, respectivamente, en el caso del artículo 802.

Y el artículo 802 dice: "Si el testamento no determina la fracción de la herencia o del bien que se deja a cada heredero o legatario de los nombrados conjuntamente, éstos se distribuirán por igual dicha herencia o bien".

Pero en el caso sub-judice no se trata de herencia indeterminada, sino determinada, puesto que el testador ha determinado la fracción de la herencia, al decir que los herederos se dividirán por iguales partes. Esto es, una séptima parte para cada uno.

Merece tanbién considerarse el transcurso de cinco años entre la muerte del heredero don Pablo Cánepa y la del testador, que pudo hacer un nuevo testamento o un codicilo si hubiera querido excluir a los herederos legales de don Pablo Cánepa.

Por las razones expuestas, el Suplente que suscribe opina que NO HAY NULIDAD.

Lima, 26 de junio de 1944.

Ulloa.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 8 de enero de 1945.

Visto; con los expuesto por el Señor Fiscal; y, considerando: que don Pascual Chiarella falleció en mayo de 1937, después de haber otorgado testamento cerrado el 9 de abril de 1929; que en la cláusula sexta de este testamento, debidamente protocolizado instituyó como únicos y universales herederos a sus sobrinos Pablo, José, María, Luisa y Angel Cánepa y Pascualina y Enriqueta Chiarella, disponiendo que se dividierán en partes iguales la herencia; que en la citada cláusula don Pascual expresó pues, en forma clara y precisa, su voluntad de favorecer sólo a los sobrinos que nombró para que gozáran de sus bienes, tanto por no haber sujetado el goce a ninguna condición, cuanto por no haber nombrado herederos sustitutos, lo cual pudo hacer usando de la facultad que para el efecto le concedía el Código Civil derogado, artículos 730 y 732, y aún el vigente, artículo 706; que en esta situación jurídica, si estando vivo don Pascual cuando ocurrió el deceso

del heredero instituído don Pablo, no modificó su voluntad, como bien pudo modificarla, obvio es que el juzgador no puede sustituir la voluntad expresa del testador, mantenida por éste, sin variación hasta su fallecimiento, para considerar vacante parte de la herencia y de consiguiente para romper el principio de la universalidad y exclusividad que él mantuvo, y poder de este modo llamar al goce de la herencia a personas distintas de de las que nombró inequívocamente herederas universales y únicas, sin condición alguna; que por tanto, no tratándose del caso de herencia vacante, la parte que pudeo corresponder al heredero premuerto acrece el acervo hereditario que ha de repartirse, por partes iguales, entre los instituídos herederos únicos y universales que han sovrevivido al testador, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 802, dando así estricta aplicación a la regal contenida en el artículo 1830 del Código Civil vigente: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas 136, su fecha 20 de setiembre de 1943, confirmatoria de la de Primera Instancia de fojas 100 su fecha 22 de diciembre de 1942, que declara fundada la demanda de fojas 63 interpuesta por los hermanos Chiarella: reformándola, y revocando la apelada: declararon SIN LUGAR dicha demanda; sin costas y los devolvieron.

Portocarrero. – Ballón. – Pastor.– Benavides Canseco.– Noriega.

Se publicó conforme a ley,

José Merino Reyna Secretario.

Cuaderno No. 1829 de 1943.

ANALES JUDICIALES
Año 1962.–; p 31

IX, 13) *No debe tomarse en consideración, para los efectos de la ejecución de los testamentos, los bienes que el testador tuvo al momento de testar, sino los que finque a su fallecimiento.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Baldecira Tuna interpone, demanda en contra de la Sucesión de don Luis Bianchi, cobrando la suma de S/. 493, 576.15, saldo de un legado

instituído en su favor por el que fuera don Luis Bianchi. Indica que habiendo testado el indicado causante, le asignó un legado por S/. 500,000.00 y que el Albacea testamentaria ha consignado judicialmente, a cuenta del expresado legado, la suma de S/. 6,423.85, suma que ha tenido que recibir a cuenta la demandante, sin renunciar a cobrar el saldo. Expone que el causante dejó cuantiosos bienes, y que los demandados han tratado de ocultarlos y de inflar las deudas a fin de reducir el legado.

Los demandados niegan la demanda, sosteniendo que la suma pagada a la demandante representa el tercio de libre disposición de los bienes dejados por el causante, bienes sumamente reducidos, después de deducir las deudas que pesaban sobre la herencia.

El Juez del Cuarto Juzgado Civil de Lima expide sentencia a fojas 199 declarando infundada la demanda, sentencia que, al ser apelada por la demandante, ha sido confirmada por la Primera Sala de la Corte Superior de Lima, a fs. 239, por lo que la misma parte hace valer recurso de nulidad.

La sentencia recurrida, confirmatoria de la apelada, está arreglada a ley. En efecto, con la prueba instrumental actuada, consistente en los testimonios de constitución social del Buenos Aires S.A., y de Santa Rosa de Chincha S.A., de los certificados literales expedidos por los Registros Públicos, y de las copias certificadas de las Actas de Sesiones de Juntas Generales y de Directorio de las firmas expresadas, consta que, efectivamente, el causante Luis Bianchi gozó de sólida posición económica, constituyendo las citadas firmas, y reteniendo en su poder la mayor parte de sus acciones, pero también consta que posteriormente transfirió parte y, luego, todas las acciones de Santa Rosa de Chincha S.A., y sólo han quedado bajo su dominio, 12 acciones de Buenos Aires S.A., y un automóvil, bienes que han sido inventariados al fallecimiento del causante, sin que la actora, que fuera citada a dicho procedimiento, haya solicitado ni la completación de inventarios, ni hubiera acreditado en forma alguna que los bienes sucesorios fueran los que cita en su demanda.

Está probado también que sobre los bienes de propiedad del causante, pesaron fuertes deudas en favor del Banco de Crédito del Perú y de don Guido Secco, como consta de los actuados judiciales, y de los pagarés y extractos de cuenta que han servido de prueba; siendo así; y estando probado con el expediente administrativo que sirvió para regular el impuesto sucesorio, que también obra como acompañado, que la suma consignada judicialmente

en pago del legado, representa, en realidad, el tercio de libre disposición, sobre el que pudo disponer el causante en el referido legado, la demanda es infundada.

No debe tomarse en consideración, para los efectos de la ejecución de los testamentos, los bienes que el testador tuvo al momento de testar, sino los que finque a su fallecimiento. De este modo, y de acuerdo a lo establecido por el Art. 727 del C. C., la reducción del legado es legal, y debe guardar armonía con el tercio de libre disposición a que se refiere el numeral 700 del mismo Cuerpo Legal.

NO HAY NULIDAD.

Lima, abril 9 de 1962.

FEBRES

RESOLUCION SUPREMA

Lima, nueve de mayo de mil novecientos sesentidós.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas docientos treintinueve, su fecha veinte de noviembre de mil novecientos sesentiuno, que confirmando la apelada de fojas ciento noventinueve, su fecha diecinueve de julio del mismo año, declara infundada la demanda de pago de legado interpuesta a fojas una por doña Baldecira Tuna Krijmell contra la Testamentaría a don Luis Bianchi Aramburú; con los demás que contiene; sin costas; condenaron en las del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— SAYAN ALVAREZ.— MAGUIÑA SUERO.— CEBREROS.— VALDEZ TUDELA.— GARCIA RADA.— Se publicó conforme a Ley.— Lizandro Tudela Valderama, Secretario.

Causa No 1293/61.— Procede de Lima.

Anales Judicales. Año 1936 p 157.

IX, 14) *No hay derecho de acrecencia entre legatarios a quienes el testador no llama clara y expresamente.*

Recurso de nulidad interpuesto por don Manuel Capurro y otros, en la causa que siguen con don Fernando Jiménez, sobre declaración de un

derecho.— Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El señor Lázaro Debernardi, en las cláusulas 4a. y 5a., de su testamento que corre a fs. I, dejó un legado para seis sobrinas, hijas de su hermano don Luis Debernardi. El legado consiste en la renta que durante 15 años, deberán percibir las legatarias, bajo determinadas condiciones, de la finca situada en la calle Santa Catalina No 618, usufructo que se convierte en propiedad después de 15 años. Para el caso del fallecimiento de alguna de las legatarias dispuso el testador: "Si alguna o algunas de ellas falleciera, corresponden a los hijos de cada una de las fallecidas la parte que les corresponde. Así mismo, si alguna o algunas fallecieran durante el usufructo, pasarán sus derechos a sus hijos y si no los hubuiere acrecerá su parte las de las otras hermanas".

De las seis legatarias falleció, antes que el testador, doña Lucila Debernardi de Jiménez, dejando un hijo menor Fernando Jiménez y Debernardi; y fallecieron después del testador otras dos, doña Susana y doña Isabel. Don Fernando Jiménez, padre del menor ya mencionado, siguió un juicio ordinario para el cobro de la parte correspondiente del usufructo, habiéndose pronunciado sentencia desfavorable en Ia. Instancia, que fué revocada, reconociéndose su derecho por las Cortes Superior y Suprema, en las resoluciones de fs. 71 y fs. 74, del cuaderno acompañado.

Don Fernando Jiménez ha iniciado un nuevo juicio para que se le entregue la proporción que pueda corresponder a su menor hijo en virtud de la acrecencia adquirida por los fallecimientos de doña Susana y de doña Isabel, que no dejaron descendencia. El fallo de 1a. Instancia ha desestimado lademanda, considerando que el testador había establecido la acrecencia sólo en favor de su sobrina y nó del hijo de una sobrina fallecida antes de abrirse la sucesión. El fallo ha sido revocado por Tribunal Superior.

Reconocida por el Tribunal Supremo en el juicio anterior, que a pesar de haber fallecido antes que el testador doña Lucila Debernardi, no se extinguieron sus derechos, sino que pasaron a su hijo, no hay razón alguna para establecer reglas diferentes con relación a las acrecencias. La letra y el espíritu del testamento, indican claramente que el testador no quiso hacer diferencias entre sus sobrinas y los hijos que debían representarlas, depués de

su fallecimiento. Sólo en el caso de falta de hijos de alguna de las legatarias, sus derechos debían pasar a las otras; y ejecutoriado como está que el hijo de doña Lucila, representa a su madre, a pesar de haber muerto ésta, antes que el testador, éste hijo tiene, sin limitación alguna, los derechos de todos los legatarios, inclusive el de las acrecencias.

El Fiscal Suplente opina, que NO HAY NULIDAD, salvo mejor parecer.

Lima, julio 10 de 1936.

La Jara y Ureta.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, octubre 7 de 1936.

Vistos; con lo expuesto por el Ministerio Fiscal; y considerando: que la ejecutoria Suprema de 27 de setiembre de 1930, corriente a fs. 74 de los agregado, resolvió que el hijo menor de la legataria doña Lucila Debernardi de Jiménez, tenía derecho al usufructo con con que don Lázaro Debernardi favoreció a la madre, no obstante haber muerto ésta antes que el testador: que la actual controversia tiene por objeto averiguar y decidir si el mismo menor tiene derecho a la acrecencia de su legado, a consecuencia del fallecimiento de las legatarias Susuna e Isabel Debernarsi, ocurrido, el de la primera, el 25 de junio de 1922, y el de la segunda, el 21 de octubre de 1925: que conforme al art. 797 del C. C. no hay derecho de acrecencia entre los legatarios, si el testador no lo establece clara y expresamente: que en el testamento de fs. 1 agració el mencionado don Lázaro Debernardi a sus seis sobrinas allí nombradas, con un legado de usufructo de la finca de la calle de Santa Catalina de esta ciudad, por el término de 15 años, contados desde la muerte del testador, acaecida el 23 de agosto de 1920, a cuya expiración, o sea el 23 de agosto de 1935, se convertirían las usufructuarias en propietarias de la finca, por partes iguales; y a este respecto dispuso que si alguna o algunas de sus sobrinas falleciese, correspondería a los hijos de las fallecidas la parte que debía correponderles, o sea la propiedad de esta parte: que agregó asimismo que si el fallecimiento ocurriese durante el usufructo, pasarían también sus derechos a sus hijos, y si no lo tuvieren, acrecerá su parte a la de sus otras hermanas: que esta es la única previsión establecida respecto al derecho de acrecer, y ella favorece, expresa y solamente, a las hermanas colegatarias sobrevivientes de la fallecida, no a los hijos de estas hermanas o

de las premuertas, y por consiguiente, queda excluído de este beneficio el menor hijo de doña Lucila, en cuyo nombre se ha interpuesto la demanda. Por estas razones: delcararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 169, su fecha 1 de abril último; y reformándola, confirmaron la de primera instancia de fs. 121, su fecha 28 de mayo del año próximo pasado, que declara infundada la demanda de fs. 28 y su ampliación de fs. 66 interpuesta por don Fernando Jiménez en representación de su menor hijo Fernando Jiménez Debernardi; entendiéndose sin costas y los devolvieron.

Barreto.— Campos.— Zavala Loaiza.— Cárdenas.

Mi voto es por la NO NULIDAD de la sentencia de vista, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal y por los fundamentos en que se apoya.

Quiroga.

Se publicó conforme a ley.

M. Arnillas O. de V., Secretario.

IX.— LOS LEGADOS

En cuanto a la ejecutoria IX,5) de 7 de diciembre de 1964, al declarar que no procede el pago de intereses por legados específicos, resolvió acertadamente. Efectivamente, "el legatario de suma de dinero es legatario de género, que sólo adquiere un derecho personal contra el gravado para la prestación de la suma legada. El dinero por otra parte no es de por sí una suma fructífera; lo será a raíz de su inversión, de modo que el beneficiario no puede alegar que en tal caso exista la voluntad expresa o implícita de otorgarle los frutos... En consecuencia deben aplicarse las normas que regulan el pago de las obligaciones de género". (Gatti.— "De las mandas y legados"). Pero, desde luego, debe entenderse que una vez que es exigible el legado dinerario, el albacea debe cumplir con él y que si cae en mora, deberá los respectivos intereses. En tal sentido las ejecutorias IX,6) y IX,7), de 20 de octubre de 1952 y 4 de agosto de 1950, respectivamente.

La ejecutoria IX,8) de 9 de Octubre de 1952, representa el reconocimiento del derecho del legatario a reclamar *sine dies* la cosa dejada como legado, o sea, que funciona la regla del Digesto de que "si no se fijó término en el legado se debe de presente o le pertenece desde luego a quien se lo dio" (lib. XXXXVI, t. II, 121).

En la ejecutoria IX,3), del 26 de diciembre de 1945 fueron varios asuntos relacionados con una institución de legado. Se trata de beneficiario como legatario en cuanto al dominio de ese bien, el beatario de Caravelí, pero con la modalidad de que dicho bien fuese poseído en usufructo por una determinada persona. Las dos disposiciones testamentarias recayentes en el mismo bien, dentro de las dos situaciones relatadas, son válidas en principio. El legado de usufructo en cuanto concede un derecho real en favor del usufructuario, es perfectamente idóneo como una determinación sucesoria voluntaria, y el derecho de dominio en favor del legatario respectivo, puede quedar sujeto a la modalidad constituída en un usufructo en favor de otra persona, ya que no se trata de legítima que le incumba a un heredero reservatorio. La cuestión que se planteó sobre nulidad de las disposiciones testamentarias, tuvo que resolverse desestimando tal nulidad. Al heredero voluntario instituido como propietario del bien no le afecta una carencia de legitimidad activa, para ser designado como tal heredero. Si el beatario era una persona jurídica existente en el momento en que fue instituida como legatario, tenía pues el necesario *hereditates titulum*. En cuanto al derecho de la usufructuaria, la impugnación sobre el particular en el sentido de que había pprescrito su derecho, esta resulta acreditada. De otro lado, se consideró que la actora, de la impugnación no acreditó el título con que actuara, o sea, su derecho a heredar, con respecto a la persona que otorgara el testamento.

De la ejecutoria IX,4) de 17 de setiembre de 1943 resulta una solución legalmente acertada. Pero la fundamentación para llegar a ese resultado, no es la adecuada. El caso se refirió a una persona que instituyó como herederos universales por testamento a dos hermanos, sin tener otros herederos *ex lege* que tuviesen igual preferente vocación sucesoria. Habiendo prefallecido al testador uno de esos hermanos, el otro hermano supérstite solicitó judicialmente que se le reconociera como único heredero. La ejecutoria así lo resuelve, aplicando para ello el art. 726 y 802; reconociendo así la procedencia del *jus acrescendi*.

La ejecutoria IX,13) de 9 de mayo de 1962, resolvió que para determinar el *quantum* que pudiera corresponder a un legatario, debe considerarse el caudal relicto dejado al fallecer y no al momento de testar el causante. La solución es inobjetable y está pacíficamente consagrada. Como se dijo en el Digesto, *in quantitate patrimonii exquirendei visum est, mortis tempore spectari*. Mas, como se observa, la regla no sólo opera en caso de

la perdida de la cosa, la caducidad aprovecha a los herederos.).

La ejecutoria ahora comentada lleva, para caracterizar mejor la situación planteada que aquélla resolviera, a examinar la figura del pre-lagado, es decir, a pensar en esta figura. Efectivamente, si la testadora instituyó a una persona (Caravedo) como legatario universal sobre el remanente en cuanto lo hubiese, de otro lado la nombró como legatario particular en relación a la mitad de los fundos; y se dio así la figura del pre-legado en cuanto éste viene a estar caracterizado por "una disposición independiente a título particular que confiere al heredero (en este caso a un legatario universal, como era Caravedo) una atribución patrimonial por concepto distinto al de la herencia (sucesión universal), *jure legati;* y como tal sigue las reglas propias de validez y eficacia de los legados". (GAGTI,: "De las mandas o legados"; pág. 115). De modo que en el caso tratado, de los legados referidos a los dos fundos de que dispuso la testadora precisamente como legados particulares, no tenía derecho Caravedo dentro de la situación, sobrevenida y planteada.

En la ejecutoria IX,3), del 26 de diciembre de 1945 fueron varios asuntos relacionados con una institución de legado. Se trata de beneficiario como legatario en cuanto al dominio de ese bien, el beatario de Caravelí, pero con la modalidad de que dicho bien fuese poseído en usufructo por una determinada persona. Las dos disposiciones testamentarias recayentes en el mismo bien, dentro de las dos situaciones relatadas, son válidas en principio. El legado de usufructo en cuanto concede un derecho real en favor del usufructuario, es perfectamente idóneo como una determinación sucesoria voluntaria, y el derecho de dominio en favor del legatario respectivo, puede quedar sujeto a la modalidad constituída en un usufructo en favor de otra persona, ya que no se trata de legítima que le incumba a un heredero reservatorio. La cuestión que se planteó sobre nulidad de las disposiciones testamentarias, tuvo que resolverse desestimando tal nulidad. Al heredero voluntario instituido como propietario del bien no le afecta una carencia de legitimidad activa, para ser designado como tal heredero. Si el beatario era una persona jurídica existente en el momento en que fue instituida como legatario, tenía pues el necesario *hereditates titulum*. En cuanto al derecho de la usufructuaria, la impugnación sobre el particular en el sentido de que había pprescrito su derecho, esta resulta acreditada. De otro lado, se consideró que la actora, de la impugnación no acreditó el título con que actuara, o sea, su derecho a heredar, con respecto a la persona que otorgara el testamento.

De la ejecutoria IX,4) de 17 de setiembre de 1943 resulta una solución legalmente acertada. Pero la fundamentación para llegar a ese resultado, no es la adecuada. El caso se refirió a una persona que instituyó como herederos universales por testamento a dos hermanos, sin tener otros herederos *ex lege* que tuviesen igual preferente vocación sucesoria. Habiendo prefallecido al testador uno de esos hermanos, el otro hermano supérstite solicitó judicialmente que se le reconociera como único heredero. La ejecutoria así lo resuelve, aplicando para ello el art. 726 y 802; reconociendo así la procedencia del *jus acrescendi.*

La ejecutoria IX,13) de 9 de mayo de 1962, resolvió que para determinar el *quantum* que pudiera corresponder a un legatario, debe considerarse el caudal relicto dejado al fallecer y no al momento de testar el causante. La solución es inobjetable y está pacíficamente consagrada. Como se dijo en el Digesto, *in quantitate patrimonii exquirendei visum est, mortis tempore spectari.* Mas, como se observa, la regla no sólo opera en caso de

la perdida de la cosa, la caducidad aprovecha a los herederos.).

La ejecutoria ahora comentada lleva, para caracterizar mejor la situación planteada que aquélla resolviera, a examinar la figura del pre-lagado, es decir, a pensar en esta figura. Efectivamente, si la testadora instituyó a una persona (Caravedo) como legatario universal sobre el remanente en cuanto lo hubiese, de otro lado la nombró como legatario particular en relación a la mitad de los fundos; y se dio así la figura del pre-legado en cuanto éste viene a estar caracterizado por "una disposición independiente a título particular que confiere al heredero (en este caso a un legatario universal, como era Caravedo) una atribución patrimonial por concepto distinto al de la herencia (sucesión universal), *jure legati;* y como tal sigue las reglas propias de validez y eficacia de los legados". (GAGTI,: "De las mandas o legados"; pág. 115). De modo que en el caso tratado, de los legados referidos a los dos fundos de que dispuso la testadora precisamente como legados particulares, no tenía derecho Caravedo dentro de la situación, sobrevenida y planteada.

CAPITULO X

LOS EJECUTORES TESTAMENTARIOS

REVISTA DE LOS TRIBUNALES.– 1940: p. 386

X,1) *La disposición del inc. 6o. del art. 734 del C.C., se refiere únicamente al caso en que se deduce la falsedad o nulidad del testamento por infracción de las solemnidades o formas requeridas para su validez, y no a la acción de contradicción de las disposiciones del testador, en la que no tienen intervención los albaceas.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

La disposición contenida en el inciso 6o. del art. 734 del C.C. que establece que el albacea debe cuidar de sostener la validez del testamento en el juicio de impugnación que se promoviere, no se refiere al caso de contradicción de sus disposiciones testamentarias, sino al de deducción de su falsedad o nulidad por infracción de las solemnidades o formas requeridas para su validez.

HAY NULIDAD en la resolución recurrida en cuanto manda que el juicio de nulidad de la institución de heredero promovido por don Víctor Manuel Padilla se siga con los albaceas designados por el testador don Sebastián Aparicio Zavaleta; no la hay en lo demás que dicha resolución contiene.

Lima, junio 28 de 1940

Araujo Alvarez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, julio 6 de 1940

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la resolución de vista de fs. 49, su fecha 17 de noviembre último, en cuanto confirmando el apelado de fs. 45, su fecha 31 de agosto anterior, manda se siga el juicio con los albaceas designados por el testador don Sebastián Aparicio Zavaleta, reformando la primera en esta parte y revocando la segunda, declararon que no procede la intervención de dichos albaceas; declararon NO HABER

NULIDAD en lo demás que dicha resolución de vista contiene; y los devolvieron.— Valdivia.— Pastor.— Santa Gadea.— Arenas.— Pastor.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 1892.— Año 1940.

Procede de La Libertad.

R. J. P.— 1948; p. 52

X,2) *Si el albacea muere sin cumplir con entregar a los herederos un crédito que cobró para ellos, dichos herederos tienen preferencia para el pago de ese crédito sobre cualquier otra obligación a cargo del albacea.*

Procede de Lambayeque.

Causa No. 2568/46.

Recurso de nulidad interpuesto por María Rosa de Salcedo en la causa que sigue con Augusto Salcedo Pastor con Ofelia Cabrejos y otros sobre tercería preferncial de pago.

DICTAMEN FISCAL

Señor: La obligación que don José María Cabrejos Pastor tenía en favor de los hermanos Cabrejos Pastor, emana del testamento que doña Clara Arenas Urrutia otorgó en 7 de abril de 1917 (fs. 19); ejerciendo la facultad de albacea, don José María Cabrejos, cobró el crédito a que se refiere la testadora, y no cumplió con entregarlo a las herederas, hecho que reconoce en el testamento que otorgó en Lima en veintinueve de enero de mil novecientos cuarentidós. La obligación de pagar ese dinero no puede considerarse como un mutuo porque para que exista este contrato es necesario el concierto de voluntades entre acreedor y deudor, y en el caso sujeto a decisión de los Tribunales no se ha presentado documento alguno que sirva para convertir la deuda por incumplimiento de las obligaciones del albacea en razón y ejecución del testamento de doña Clara Arenas, en otra clase distinta. Estando al origen de la acreencia, y la fecha en que nació el derecho de los hermanos Cabrejos Pastor, éstos tienen preferencia sobre

cualesquiera otras obligaciones a cargo de don José María, así sean escrituras públicas puesto que los títulos presentados (testamento) tienen igual fuerza, ya que también son escrituras públicas. Presentada en segunda instancia copia certificada de la declaración de herederos del que fue don Augusto Salcedo la causa siguió con la intervención de éstos, con lo cual se salvaron las omisiones y faltas de orden procesal que originaron la ejecutoria suprema de fs. 178. Reproduciendo los fundamentos del dictamen Fiscal de segunda instancia que corre a fs. 152, opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que no hay nulidad en el fallo de vista 197, que revocando la sentencia de fs. 134, resuelve que los créditos de los hermanos Cabrejos Pastor sean pagados de preferencia a los de don Augusto Salcedo y demás acreedores, y la confirma en cuanto manda se haga en la forma y orden que indica, el pago de los demás acreedores que nomina.— Salvo mejor parecer.— Lima, 18 de abril de 1947.— Calle.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 26 de mayo de 1947.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas noventisiete, su fecha seis de noviembre de mil novecientos cuarentiséis, que confirmando en una parte y revocando en otra la de Primera Instancia de fojas ciento treinticuatro su fecha dieciséis de abril del mismo año, declara que los créditos de doña Ofelia Cabrejos de Mesones, María Cabrejos de Espinoza, Rosa Cabrejos de Pastor y Angélica Cabrejos de Carlín sean pagados de preferencia a los de Augusto Salcedo y demás acreedores, con lo demás que contiene, condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Samanamud.— Noriega.— Fuentes Aragón.— Cox.— Eguiguren. Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García.— Secretario.

REVISTA DE LOS TRIBUNALES.— 1940; p. 278

X,3) *El albacea de la testamentaría, sólo tiene personería para responder en juicio por los asuntos que se refieren al encargo especial, que se le haya hecho en el testamento.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Maximino Salazar, por el mérito de las escrituras públicas de reconocimiento de deuda que hizo a su favor Cecilio Leyva, interpone a fs. 11, demanda ejecutiva contra la viuda.

La citada con la demanda, se opone a fs. 13, alegando la inoficiosidad de la demanda, por ser obligada la testamentaría de Leyva, representada por sus hijos, que son mayores de edad.

Apareciendo del testimonio del testamento que corre a fs. 8, que este se otorgó en el año 1922 y dado el tiempo transcurrido, hay que suponer fundadamente, que los hijos del testador han llegado a su mayor edad, afirmación, que por lo demás, no niega el ejecutante.

El albacea de la testamentaría, sólo tiene personería para responder en juicio por los asuntos que se refieren al encargo especial, que se le haya hecho, en el testamento.

La recurrida que confirmando el apelado declara fundada la excepción de inoficiosidad, es legal.

Opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, junio 19 de 1940.

Muñoz.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, junio 28 de 1940

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 166, su fecha 20 de noviembre de 1939, que confirmando la de primera instancia de fs. 120 vta., su fecha 19 de junio del mismo año, declara fundada la oposición de fs. 13 deducida por doña Olinda viuda de Leyva y sin lugar la ejecución incoada a fs. 11 por don Máximo Salazar, con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Barreto.— Zavala Loaiza.— Chávarri.— Pastor.— Benavides Canseco.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 1900.— Año 1940

Procede de Huánuco.

REVISTA DE LOS TRIBUNALES.– 1946; p. 636

X,4) *Caducado el albaceazgo, el albacea no puede ser demandado para el cumplimiento de las obligaciones de la institución.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Leocadia Flores vda. de Andrade, demanda, a don José Soto Pozo, en su condición de albacea de la Testamentaría del que fue esposo de la demandante, don Gregorio Andrade, para que le reintegre, los bienes que, dice, conserva el demandado en su poder, de propiedad de la Testamentaría; inclusive, los que le corresponden por gananciales, así como los que le ha dejado su esposo, como herencia, y el usufructo de ellos, indebidamente percibido por el demandado (fs. 9). Soto contesta la demanda, a fs. 17 negando la responsabilidad que se le exige, y reconviniendo para que se le pague S/. 840, por gastos de funerales y otros de la Testamentaría, así como sus derechos de albaceazgo, y sustanciada la reconvención, se recibe la causa a prueba, a fs. 18 vuelta; finalizándose el proceso, a fs. 97, y expidiéndose la sentencia de fs. 98, cuyo fallo declara fundada la demanda, y ordena que el demandado, entregue a la demandante lo exigido, a la vez que deniega la reconvención; y concedida a fs. 11 vuelta la apelación interpuesta, el Tribunal Superior, revoca la apelada, a la vez que declara sin lugar la demanda, lo que origina recurso de nulidad de la demandante, concedido a fs. 117.

Consta, a fs. 5, que el testador, "para el cumplimiento de su última voluntad, nombra albacea, a don José Soto y Pozo", sin darle facultad ni comisión determinada, y el testamento se otorgó, en Noviembre de 1938, falleciendo el testador en Diciembre del mismo año (fs. 7), y por consiguiente, el ejercicio del albaceazgo, terminó, conforme a la ley, a los dos años, o sea en Diciembre del 40, y como la demanda es de Julio del 42, está dirigida contra quién no puede ser demandado, con el carácter con que se ha hecho, porque ya, en esa fecha, no era albacea. Además, conforme al artículo 737 del C.C., los albaceas no son personeros de la Testamentaría, para demandarlos como tales, por responsabilidades de la misma, y por tanto, se ha dirigido la demanda, contra el que no puede concurrir en juicio, a nombre de quien debe ser verdaderamente demandado, incurriéndose en la nulidad

prevista; en el inciso 11 del artículo 1085 del C. de P.C.

Las partes están de acuerdo, y así aparece del testamento, que una de las beneficiadas con la herencia, es la esposa de don José Soto, el demandado; que aún no se ha partido la masa testamentaria, y por consiguiente, Soto, no posee a título de albacea, que ya no lo es, sino en representación de su esposa, como copropietaria de la herencia, y por consiguiente, mientras no se verifique la división y partición de la misma, y queden esclarecidos los derechos de la demandante, no tiene procedencia legal, la acción interpuesta, y menos, en la forma que se ha hecho, contra al albacea.

Por las consideraciones aducidas, conceptúa el Fiscal que se ha incurrido en nulidad, al aceptar a sustanciación, una demanda, contra quien no puede ser demandado, con el carácter que se ha hecho; y como sólo al demandado le permite la Ley reconvenir al demandante, no pudiéndolo ser, Soto, en la forma y condiciones que se ha hecho, no tiene carácter de demandado, y en tal condición, no puede reconvenir, concluyendo éste Ministerio, por opinar que la Corte Suprema debe declarar NULA la Resolución de Vista recurrida; INSUBSISTENTE la de Primera Instancia; y NULO todo lo actuado, desde fs. 11 inclusive; dejar a salvo el derecho de la demandante, para que lo haga valer, en la forma legal correspondiente.

Lima, 27 de Diciembre de 1945.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 4 de Enero de 1946.

Vistos; de conformidad con el Dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon NULA la sentencia de vista de fojas ciento quince, su fecha veintiuno de Julio último, que declara sin lugar la demanda de doña Leocadia Flores Moreno, insubsistente la apelada de fojas noventiocho, su fecha once de Enero del año próximo pasado, y nulo todo lo actuado desde fojas once inclusive dejaron a salvo el derecho de la actora para que lo haga valer en la forma legal correspondiente; y los devolvieron.

Señores: Valdivia.— Portocarrero.— Samanamud.— Mata.— Lavalle.

Se publicó conforme a ley. José Merino Reyna. Secretario.

Causa No. 1785. Año 1945. Procede de La Libertad.

R.J.P.– 1971; p. 761.
JURISPRUDENCIA
1.– DE LA CORTE SUPREMA
A.– EN LO CIVIL
ALBACEA.– Facultad para interponer demandas ejecutivas.– Art. 737 del C.C.

X,5) *Los albaceas no son personeros de la Sucesión para demandar y ser demandados, salvo los encargos expresos del testador y de consiguiente no pueden interponer demandas ejecutivas en nombre de la Sucesión.*

RESOLUCION SUPREMA

Exp. No. 477/71.– Procede de Lima.

Lima, siete de julio de mil novecientos setentiuno.

Vistos; y CONSIDERANDO: que, a fojas veinte don Antonio Oré Gomero se presenta interponiendo ejecución invocando su calidad de albacea de la Testamentaría de don Estanislao Oré Gayoso, sin acompañar instrumento alguno que así lo acredite; que por otra parte, los albaceas no son personeros de la sucesión para demandar y ser demandados, salvo los encargos expresos del testador conforme lo dispone el artículo setecientos treintisiete del Código Civil: declararon HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas veintinueve vuelta, su fecha dieciséis de abril del año en curso, que confirmando el apelado de fojas veintiuno, fechado el catorce de Enero del citado año, despacha ejecución contra doña Rosa Oré viuda de Granda, para el pago de la suma de ciento veinte mil soles oro, con lo demás que contiene; reformándolo declararon improcedente la acción ejecutiva; y los devolvieron.– NUÑEZ VALDIVIA.– BALLON LANDA.– LEON MONTALBAN.– LLOSA RICKETTS.– GARCIA CALDERON.– Se publicó conforme a ley.– Fausto Viale Salazar.– Secretario General.

REVISTA DE LOS TRIBUNALES.– 1941; p. 424

X,6) *Los albaceas tienen facultad para demandar aviso de despedida, desahucio y pago de arrendamiento a los inquilinos de las fincas*

de la testamentaría, en uso de la atribución que les confiere el art. 737 del C.C.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Según el inciso 4o. del art. 734 del C.C., el albacea es administrador de los bienes de la Sucesión, y el art. 737, exceptúa a los albaceas, de la prohibición que contiene, precisamente respecto a la administración, que por la ley citada deben ejercer.

Entre las atribuciones del administrador de bienes, se comprende las de: arrendar por tiempo indeterminado, cobrar los arriendos, y ejercitar las acciones derivadas del contrato de arriendo, como actos inherentes a la buena administración.

Opino que HAY NULIDAD en el recurrido, y reformándolo, confirmar el fallo de primera instancia, que declara fundada la demanda interpuesta por el albacea de la Sucesión del señor Valle Riestra, para la desocupación del inmueble que ocupa el demandado Arbuccó, por plazo indeterminado.

Lima, julio 31 de 1941.

Muñoz.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 8 de noviembre de 1941

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 38, su fecha 26 de junio último; reformándola, confirmaron la de primera instancia de fs. 26, su fecha 30 de mayo anterior, que declara fundada la demanda de aviso de despedida interpuesta a fs. 4, por el personero de la testamentaría de don Víctor M. Valle Riestra; con lo demás que contiene; y los devolvieron.— Santa Gadea.— Chávarri.— Ballón.— Pastor.— García Maldonado.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V. Secretario.

Cuaderno No. 901.— Año 1941. Procede de Lima.

X,7) *La demanda de nulidad de testamento debe ser notificada al albacea testamentario para que ejercite la atribución que le confiere el inc. 6o. del art. 734 del C.C.*

Recurso de nulidad interpuesto por doña Julia Menéndez viuda de Villanueva, en la causa que sigue con don Filomeno Tasayco y otros, sobre nulidad de testamento.

Procede de Ica.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

La terminante disposición contenida en el inciso 6o. del art. 734 del Cód. Civil según el cual los albaceas cuidarán de sostener la validez del testamento en el juicio de impugnación que se promueva, determina la nulidad e insubsistencia de lo actuado en esta causa en cuya demanda de fs. 2 con la que se inició, se dedujo la nulidad del testamento público de doña Emilia Tasayco y Segura, que en copia corre a fs. 8, por cuya cláusula sétima nombra como albacea a don Emilio Chialchía, sin embargo de lo caul ni se demandó a éste sino sólo a los herederos instituídos en su testamento, ni se le dio intervención en el juicio, el que en cumplimiento de la disposición legal citada debió necesariamente seguirse con intervención de ese albacea llamado por imperativo de ese mandato a sostener en juicio su validez.

Sin embargo, tanto el Juez como la Corte Superior, ésta en su sentencia recurrida confirmatoria de fs. 193, declara la nulidad del testamento en este juicio seguido con tan grave omisión; por lo que opino que procede declarar la NULIDAD de la recurrida así como la insubsistencia de todo lo actuado, reponiéndose la causa al estado de citarse con la demanda al nombrado albacea.

Lima, junio 25 de 1948.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, ocho de julio de mil novecientos cuarentiocho.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon NULA la sentencia de vista de fojas ciento noventitrés, su fecha veintiséis de abril del año en curso, insubsistente la de primera instancia de fojas ciento cincuentidós, su fecha catorce de enero de mil novecientos cuarenticuatro, y nulo todo lo actuado desde fojas cuatro vuelta, a cuyo estado repusieron los seguidos por don Filomeno Tasayco con don Anselmo Abad de la Cruz con arreglo a ley, continúe la causa su tramitación correspondiente; y los devolvieron.

Portocarrero.— Valdivia.— Noriega.— Cox.— Eguiguren.

Se publicó conforme a ley.

Jorge Vega García.

Cuaderno No. 297.— Año 1948.

A.J.— 1951; p. 17

X,8) *El albacea, salvo mandato expreso, no tiene facultad para enajenar los bienes del testador sin ceñirse al procedimiento que la ley establece.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Adelaida Gallegos viuda de Domínguez otorgó testamento por escritura pública de 9 de julio de 1940, nombrando albacea ejecutor al Dr. Ernesto Velásquez a quien otorgó amplias facultades para liquidar y depurar la Testamentaría, prorrogándole el encargo por el tiempo que fuere preciso, según es de verse de la copia de dicho testamento que corre a fs. 48.

En ejercicio de su cargo el Dr. Velásquez celebró con don Ernesto Avila Quevedo el contrato de promesa de venta de un inmueble de la Testamentaría, por escritura pública de 9 de diciembre de 1942, que en testimonio corre a fs. 32 de los autos sobre nombramiento de administrador.

El Administrador nombrado ha demandado la nulidad de la escritura

públicada indicada, sosteniendo que el albacea carecía de facultad para celebrar dicho acto.

La facultad otorgada por la testadora es amplia y, por consiguiente, el Dr. Velásquez estaba facultado para otorgar el contrato materia de la nulidad, por lo dispuesto en los incisos 4o. y 5o. del artículo 734 del C.C.

Por lo expuesto opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida de fs. 70 que confirma la de primera instancia de fs. 38 que declara infundada la demanda.

Lima, 22 de stiembre de 1951.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, once de diciembre de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que la demanda de fojas una sobre nulidad de promesa de venta de una casa en Arequipa, por el albacea de la testamentaría de doña Adelaida Gallegos viuda de Domínguez, a favor de don Ernesto Avila, ha sido impugnada por parte de éste, alegando que el albacea ha procedido con la facultad amplia que se le concedió en el testamento que en copia corre a fojas cincuentiocho del acompañado; que en dicho documento, al instituir albacea, la testadora expresó lo siguiente: "nombro de albacea ejecutor al doctor Ernesto Velásquez, quien liquidará y depurará mi testamentaría y con amplias facultades, prorrogándole el cargo por el tiempo que fuese preciso", sin que esa cláusula, que es la única referente al albacea, contenga mandato expreso de vender el inmueble materia de la promesa de que se trata, que el albacea tiene facultades taxativamente señaladas en la ley, y entre ellas no está la de enajenar los bienes que fueron del testador, porque al llegar el caso de vender éstos, no puede prescindir de la acción judicial, por el procedimiento que la ley le concede: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas setenta, su fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta, que confirmando la de primera instancia de fojas treintiocho, su fecha treinta de junio de mil novecientos cuarentinueve, declara infundada la demanda de fojas una; reformando la primera y revocando la segunda: declararon fundada dicha demanda y, en consecuencia, nulo el contrato de promesa de venta celebrado por don Ernesto Velásquez con don Ernesto

Avila Quevedo; declararon fundada la reconvención formulada en el otro sí del escrito de contestación a la demanda, en cuanto se pide la devolución de los tres mil soles recibidos por el albacea, los que serán devueltos por el demandado; e infundada en los demás puntos; sin costas; y los devolvieron.— Zavala Loaiza.— Frisancho.— Láinez Lozada.— Cox.— Eguiguren.

Se publicó conforme a ley.

Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

Exp. 393/51.— Procede de Arequipa.

R. del F.— 1942; p. 212

X,9) El albacea está facultado para celebrar contratos verbales de arrendamiento y demandar ejecutoriamente su pago.

Cuaderno No. 1594-41.— Causa seguida por Emilio Wong con Eloísa López vda. de Vigil sobre pago de arriendos.

Procede de Loreto.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Eloísa López vda. de Vigil, demanda, ejecutivamente, a Emilio Wong, para que le pague la suma que expresa, por arrendamientos adeudados de la casa que el demandado ocupa, y los que en lo sucesivo se sigan devengando, acompañando, al efecto, los recibos respectivos.— El demandado se opone a la ejecución, porque dice que no ha celebrado contrato alguno con la demandante, sino que, como simple empleado de don Alfonso Wong, a quien titula dueño del inmueble, ocupa un departamento del mismo, cedido por él; y negado, por la demandante el fundamento de la oposición, se han producido las pruebas del caso, entre las cuales figuran las declaraciones uniformes de tres testigos, que afirman la verdad del contrato verbal de arrendamiento celebrado, y la tacha al testigo Alfonso Wong, por ser jefe de quien lo ha presentado, y cuya deposición es la única que favorece el fundamento de la oposición.— De la prueba instrumental que obra en el expediente, resulta que la finca perteneció a don Alejandro Vigil; que a su

fallecimiento, su vda., la demandante, como albacea nombrada, tiene la administración de los bienes, y, como tal, ha estado facultada para celebrar el contrato verbal de arrendamiento que sirve de fundamento a la demanda; y su mérito y el de los recibos que la recaudan, la justifican, y de allí que el albacea testamentario, en ejercicio de esa administración y mientras permanezcan los bienes indivisos, tiene expedito su derecho para cobrar la pensión de los arrendamientos que devenguen los mismos; por lo que la sentencia recurrida de fs. 85, que confirmando la de Primera Instancia de fs. 64 vta., ordena que el ejecutado pague los arrendamientos demandados a la vez que declara sin lugar su oposición y fundada la tacha al testigo, es legal, y opina este Ministerio que NO HAY NULIDAD en la misma.

Lima, 1o. de diciembre de 1941.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 27 de diciembre de 1941.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 85, su fecha 21 de junio último, que confirmando la de Primera Instancia de fs. 64 vta., su fecha 11 de enero anterior, declara fundada la demanda de pago de arrendamientos interpuesta a fs. 9 por doña Eloísa López vda. de Vigil, con lo demás que contiene; condenaron en la multa de 200 soles oro y las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Elías.— Santa Gadea.— Arenas.— Chávarri.— Velarde Alvarez.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V. Secretario.

R. del F.— 1954; p. 389

X,10) *"En un juicio de nulidad de testamento promovido contra el albacea, los herederos deben ser también citados con la demanda, bajo pena de nulidad".*

Expediente No. 861/53.— Procede de Ica.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Inés Flores Torrico otorgó testamento por escritura pública de 29 de Octubre de 1945, en cuyo acto, por carecer de herederos forzosos, repartió sus bienes en diversos legados. Así aparece de la copia notarial de fs. 66 y fotostática de fs. 204.

Don Juan Llerena Torrico, hermano uterino de la testadora, ha demandado la nulidad del testamento, acción que se ha entendido con el albacea don Abdón Z. Mancilla.

La sentencia de Primera Instancia de fs. 313 y lo actuado desde fs. 86 vta., han sido anulados por la Corte Superior de Ica a fs. 391, a fin de que se cite con el traslado de la demanda a todos los herederos legatarios. Ambas partes han interpuesto recursos de nulidad.

Conforme al Inc. 6o. del Art. 734 del C.C., los albaceas cuidarán de sostener la validez del testamento en el juicio de impugnación que se promoviere. Pero esta disposición no significa que sea el albacea la única persona con quien se siga el juicio, ya que se limita a establecer una de sus obligaciones. El referido dispositivo no puede enervar o dejar sin efecto lo que establece la ley procesal y jurisprudencia uniforme en el sentido de que la demanda se entienda con todas las personas que tienen interés en el juicio, aún cuando no hayan sido expresamente demandadas.

Es obvio el interés de los herederos legatarios en el presente juicio en que se deduce la nulidad del testamento que los instituye como tales.

Por lo expuesto, opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 30 de Enero de 1954.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiséis de Agosto de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; por los fundamentos pertinentes del dictamen del señor Fiscal; y CONSIDERANDO: que la obligación del albacea de sostener la validez del testamento, de acuerdo con lo que dispone el inciso sexto del artículo setecientos treinticuatro del Código Civil no excluye el derecho de los

sucesores edel testador instituídos en el testamento de fojas sesentiséis para participar en el juicio de nulidad promovido, por lo que deben ser citados con la demanda: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas trescientas noventiuna, su fecha ocho de setiembre de mil novecientos cincuentitrés, que declara insubsistente la apelada de fojas trescientas trece, su fecha veinticuatro de mayo del mismo año, y nulo todo lo actuado desde fojas ochentiséis vuelta inclusive, a cuyo estado repone la causa para que se proceda con arreglo a ley; en los seguidos por don Juan Llerena Torrico con don Abdón Mansilla sobre nulidad de testamento; y los devolvieron.

Sayán Alvarez.– Checa.– Maguiña Suero.– Valverde.– Lengua.– Se publicó conforme a ley.– Ojeda del Arco.– Secretario.

R. de los T.– 1946; p. 642

X,11) *Cuando el testador establece la forma como debe cubrirse un legado, y los fondos necesarios, el Albacea no está obligado a pagarlo.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Entre las atribuciones de los Albaceas o ejecutores testamentarios, el art. 734 (inc. 5o.) del Código Civil señala la de cuidar que se paguen los legados. Pero estar obligado a cuidar de que se pague una deuda, no significa que ese Albacea deba pagarla, personalmente, mucho menos cuando hay una disposición testamentaria que señala a cargo de quien queda esa obligación.

El Dr. Clemente J. Revilla otorgó su testamento en Lima, el 27 de enero de 1944, por ante el Notario Ricardo Samanamud, y en la cláusula décima instituyó un legado en favor de Emilio Tovar, ascendente a la cantidad de veinte mil soles, disponiendo que fueran abonados por la Negociación "Toro Grande". En la cláusula septima se había referido a esa negociación ordenando que se mantuviera, indivisa, y en la octava nombró como administrador a su hijo Alberto Revilla y Revilla.

Acompañando testimonio de ese testamento, don Emilio Revilla Tovar se presentó ante el Juez de Arequipa, interponiendo ejecución para el pago

del legado a que se ha hecho referencia, y pidiendo se ordenara al Albacea don Clemente Revilla López, cumpliera con hacer el pago inmediato, deducción hecha de lo abonado al Fisco por concepto de impuesto hereditario. Confirmado por la Corte Superior el auto de solvendo dictado a fs. cuatro vuelta, el Albacea se opuso a la ejecución, alegando que la deudora era la Sucesión del Dr. Revilla y no él. El Juez a fs. 25 declaró sin lugar la oposición, mandando se llevara adelante el juicio ejecutivo, lo que confirmado por la Corte de Arequipa, da lugar al recurso de nulidad interpuesto a fs. 33.

El art. 737 del Código Civil establece que los Albaceas no son personeros de la testamentaría para demandar ni responder en juicio, sino tratándose de los encargos del testador y de la administración que le corresponde, o del caso del inc. 6o. del 734. En consecuencia, la acción de don Emilio Revilla Tovar no tiene por qué entenderse con el Albacea, ya que el Dr. Revilla no encomendó a éste pagar el legado, ni se encuentra a cargo de la Administración. Precisamente, en este caso del legado, dictó regla especial, que esta fuera del radio de acción del Albacea; encargó la Administración de "Toro grande" a su hijo Alberto, y dispuso que esa administración pagara el legado de veinte mil soles. De manera que, por disposición expresa del testador, el Albacea quedó libre de todo lo concerniente a esa manda. La ejecución es improcedente y fundada la oposición, aún cuando su fundamento sea distinto del que encuentra el Fiscal que suscribe.

Hay nulidad en el fallo de vista; declarándolo así, la Corte Suprema puede servirse reformarlo, revocar el de primera instancia de fs. 25, y resolver que es fundada la oposición de fs. trece y sin lugar la demanda de fs. cuatro.

Salvo mejor parecer.

Lima, veintinueve de octubre de 1945.

Calle.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diez de noviembre de 1945.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce; DECLARARON haber nulidad en la sentencia de vista de fojas treintidós vuelta, su fecha dieciocho de julio último; reformándola, y revocando la apelada de fojas veinticinco, su fecha cinco de junio del presente año: DECLARARON fundada la oposición deducida a

fojas trece por el apoderado de don Clemente Revilla López, y sin lugar la acción ejecutiva interpuesta por don Emilio Revilla Tovar, por cobro de un legado; sin costas; y los devolvieron.

Portocarrero.– Samanamud.– Mata.– Lavalle.– Láinez Lozada.

Se publicó conforme a ley. José Merino Reyna. Secretario.

Cuaderno No. 1533-45. Arequipa.

R. de los T.– 1945; p. 43

X,12) *Existiendo Albacea instituido por el testador, es improcedente el nombramiento de Administrador judicial.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Considero que la Corte Superior de Arèquipa está equivocada al considerar que es posible que una parte de los bienes dejados por don Aurelio Polanco pueda y deba ser administrada por la persona que se designe, siguiendo el procedimiento establecido en el Código de Procedimientos Civiles; y otra por el Albacea designado por el testamento que el mismo señor Polanco otorgó y cuyo testimonio corre a fs. 1 del cuaderno de inventarios que se tiene a la vista.

El Albacea es Administrador designado por la persona que otorga testamento, y entre los deberes de su cargo está la administración de los bienes, señalada en el inciso cuarto del art. 734 del Código Civil. Admitir la administración judicial pedida por una de las personas que tienen interés en la herencia, llámase cónyuge, hijo heredero o legatario, es ir contra la voluntad del testador y contra la ley. Esto por una parte, y por otra la división de Gerencia o Dirección de los asuntos económicos de la masa, no traería sino dificultades insalvables, luchas y desmedros de los intereses comunes.

La administración pedida por doña Sofía Pucho viuda de Polanco es improcedente, y fundada la oposición deducida por el Albacea a fs. 3. Así lo resolvió el Juez en auto de fs. 11 vta., pero el Tribunal, equivocadamente, lo revocó declarando fundada la oposición, lo que equivale a mandar se lleve

adelante el procedimiento, que no puede tener otro resultado que separar al Albacea testamentario.

Si la Corte Suprema no fuere de distinto parecer, puede servirse declarar que HAY NULIDAD en el auto recurrido de fs. 26, y reformándolo, confirmar el de fs. 11 vta.

Lima, noviembre 30 de 1944.

Calle.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diciembre 22 de 1944.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon HABER NULIDAD en el auto de vista de fs. 26, su fecha 7 de octubre último que, revocando el apelado de fs. 11 vta., su fecha 30 de mayo del mismo año, declara infundada la oposición de fs. 3, en el incidente sobre administración de bienes seguido por doña Sofía de Polanco con don Benjamín Villavicencio; reformándolo, confirmaron el de primera instancia que declara fundada dicha oposición; sin costas; y los devolvieron.— Zavala Loaiza.— Frisancho.— Samanamud.— Noriega.— Fuentes Aragón.— Se publicó conforme a ley.— José Merino Reyna, Secretario.

Cuaderno No. 1904.— Año 1944. Procede de Arequipa.

ANALES JUDICIALES.— 1966; p. 85

X,13). *No procede el nombramiento de administrador de bien común, habiendo Albacea instituido en testamento.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Roberto Caro Monteza instituyó ejecutor testamentario a don José María Echáiz, quien ha conseguido el inventario judicial de los fundos Tactamal y Delo, que forman parte integrante de la masa hereditaria y que se nombre administrador de dichos bienes a don Pacífico Vega Torres.

Posteriormente, los herederos testamentarios han logrado la subrogación, por el auto que cursa a fs. 29, del citado administrador por don Vidal Reyna Caro. El auto subrogatorio, ha sido revocado en discordia, por el de vista que obra a fs. 39, que declara improcedente la subrogación y válido el nombramiento de Pacífico Vega Torres como administrador de los fundos Tactamal y Delo. De este auto recurren de nulidad los herederos testamentarios.

Como el causante nombró Albacea a don José María Echáiz, una de cuyas funciones es ejercer la administración de los bienes del causante, obviamente no procede el nombramiento de administrador de tales bienes, porque sería contrario a lo expresamente dispuesto en el Art. 734, inciso 4o. del C.C.

Existiendo albacea no procede el nombramiento de administrador.

Habiéndoee desnaturalizado el procedimiento dándose trámite a una petición que no tiene amparo legal, se ha incurrido en la nulidad prevista en el Art. 1085, inciso 8o. del C. de P. C.

En consecuencia, la Sala puede declarar NULO el auto de vista, INSUBSISTENTE el apelado, y NULO todo lo actuado a partir de fs. 19 vta., reponiéndose la causa al estado de proveerse el escrito de fs. 19 con arreglo a ley.

Lima, 15 de julio de 1966.

L. Ponce Sobrevilla

RESOLUCION SUPREMA

Lima, tres de agosto de mil novecientos sesentiséis.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; declararon NULOS los autos recurridos de fojas treintinueve y cuarentiuno vuelta, sus fechas ocho y nueve de setiembre de mil novecientos sesenticuatro; insubsistente el apelado de fojas veintinueve, su fecha diez de agosto del mismo año, y nulo todo lo actuado a partir de fojas diecinueve vuelta; mandaron reponer la presente causa al estado de proveerse el escrito de fojas diecinueve con arreglo a ley, en los seguidos por don José María Echáiz Ocampo, sobre seguridad de herencia; y los devolvieron.— CARRANZA.— VASQUEZ de VELASCO.— PALACIOS.— Se publicó conforme a ley.— Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa 462/66.— Procede de Amazonas.

R. de los T.– 1942; p. 85

X,14) *La demanda del albacea para el pago de la retribución que le señala la ley, debe sustanciarse en la vía ordinaria.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Leoncio Alba, como albacea de la testamentaría de doña Rosa Cueva viuda de Lara, solicita el pago de la suma de 1,459 soles, 72 centavos a que dice tener derecho por las retribuciones que el C.C. asigna como consecuencia del ejercicio del albaceazgo; y el Juez, apoyándose en el art. 1172 del C. de P.C., corre traslado a los interesados por un día; y como parte de éstos piden reposición de este decreto, sustanciada, el Juez la resuelve por el auto de fs. 5 vta., declarando infundada la reposición, y aplicando el art. 1174 del citado Código, ordena que los herederos paguen la suma demandada.

Como los obligados apelan, el Tribunal Superior de Cajamarca, resuelve la apelación, a fs. 14 vta., revocando el auto apelado; declarando fundada la reposición y nulo e insubsistente lo actuado desde fs. 14 manda que la petición allí formulada por el albacea, sea sustanciada conforme al art. 642 del C. de P. C., lo que origina el recurso de nulidad de una de las herederas, concedido a afs. 16 vta.

Alba ha consentido en el auto, porque notificado a fs. 15, no ha recurrido de él, y, en consecuencia, la parte revocatoria que contiene al declarar fundada la reposición de los herederos y que declara nulo lo actuado desde fs. 1, está consentida; y sólo es materia del recurso, que trae una de las herederas, la parte de esa resolución, que aplicando el art. 642 del C. de P.C., manda que a la solicitud de fs. 1, se le de la sustanciación que ese artículo señala, y no el traslado en vía ordinaria, como ha debido ser, y dado el punto resuelto, el recurso de nulidad es procedente; y como se trata del cobro de derechos de albaceazgo, por más de 500 soles, que no emana de un juicio ejecutivo, ni se refiere a honorarios de depositarios o interventores, es evidente que no es de aplicación el art. 642 citado, sino el 296, que manda ventilar en juicio ordinario, las cuestiones, que como la presente, cobro de derechos de albaceazgo, no tiene tramitación especial señalada en el Código; y, en consecuencia, opina el Fiscal, que la Corte Suprema, debe declarar que

HAY NULIDAD en la parte del auto materia del recurso traído, que manda que la petición de Alba se sustancie, como incidente, conforme a la disposición del art. 642; reformándolo en ese punto, disponer que esa demanda se sustancie con traslado en vía ordinaria.

Lima, marzo 11 de 1942.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, abril 23 de 1942.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en el auto de vista, de fs. 14 vta., su fecha 2 de diciembre último, en la parte materia del recurso; reformándolo y revocando el apelado en este punto; mandaron que la demanda de don Leoncio Alba se tramite en la vía ordinaria; y los devolvieron.— Zavala Loaiza.— Santa Gadea.— Arenas.— Chávarri.— García Maldonado.— Se publicó conforme a ley.— A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 2206.— Año 1941. Procede de Cajamarca.

ANALES JUDICIALES.— 1952; p. 23

X,15) *El término fijado en el artículo 740 del C.C. para la expiración del albaceazgo, se encuentra subordinado al cumplimiento de todas las obligaciones propias del albacea; en los casos en que haya sido prorrogado su mandato por voluntad del testador "todo el tiempo que fuera necesario".*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Federico Carrillo Acevedo falleció el 5 de enero de 1948, bajo el imperio de su testamento otorgado por escritura pública el 19 de julio de 1937, en cuya cláusula 10o. nombró como primer albacea a don Carlos Cillóniz Eguren y como segundo albacea a don Luis Carrillo Maúrtua. Don Carlos Cillóniz Eguren renunció el cargo como aparece de la carta de fs. 13 y escrito de fs. 16, del expediente sobre seguridad de bienes.

En esta situación doña Eva Carrillo y otros, han solicitado la administración judicial de los bienes causados por don Federico Carrillo Acevedo, con arreglo al artículo 740 del C.C., petición a la que se ha opuesto doña Raquel Carrillo Maúrtua en su recurso de fs. 3, que ha sido declarada sin lugar en el auto de fs. 12 confirmado por el de vista de fs. 25.

Ha transcurrido con exceso el plazo de 2 años señalado en la referida disposición legal, a lo que cabe agregar que se han llenado las funciones prescritas a los albaceas en el artículo 734 del acotado.

La administración judicial demandada está arreglada a ley y la oposición carece de fundamento.

Por lo expuesto opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en el auto recurrido.

Lima, 13 de mayo de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintinueve de mayo de mil novecientos cincuentidós.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y atendiendo: a que en la cláusula décima del testamento, don Federico Carrillo estableció que nombraba como primer albacea a don Carlos Cillóniz y como segundo, a su hijo don Luis Carrillo Maúrtua, estableciendo también expresamente, que les prorrogaba el mandato por todo el tiempo que fuera necesario, por lo que no puede alegarse como causal para la expiración del albaceazgo el transcurso del término establecido en el artículo setecientos cuarenta del Código Civil, y a que ese término está subordinado al mayor plazo fijado en el testamento, de acuerdo con la facultad concedida por el citado artículo; a que el artículo setecientos treinticuatro del mismo Código, en su inciso cuarto, prescribe que el albacea debe cuidar de la administración de los bienes, cuyo mandato, en el presente caso, ha sido prorrogado por el propio testador en el instrumento constitutivo de la institución: declararon HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas veinticinco, su fecha trece de enero del año último, que confirmando el apelado de fojas doce, su fecha dos de octubre del mismo año, declara sin lugar la oposición deducida a fojas tres por doña Raquel Carrillo en autos con doña Eva Carrillo y otros, sobre administración; reformando el primero y revocando el segundo: declararon fundada dicha oposición; y los

devolvieron.– Eguiguren.– Sayán Alvarez.– Checa.– Mares.– Valverde.

Se publicó a conforme a ley.

Dagoberto Ojeda del Arco.– Secretario.

Exp. 557/51.– Procede de Lima.

R. J. P.– 1959; p. 399.

X, 18) *Es fundada la acción destinada a remover al albacea si se comprueba que es negligente en la administración de los bienes de la testamentaría, si no ha rendido cuentas ni ha aumentado el patrimonio hereditario a pesar del tiempo que ejerce el cargo.*

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 832/950.– Procede de Arequipa.

Señor: Doña Avelina Estrada de Solaliga ha demandado la remoción del cargo de albacea de la testamentaría de don J. Rufino Estrada, que ejerce doña Sabina Salazar viuda de Estrada, fundamentando la acción en lo dispuesto por el art. 713 del C.C.

La demanda ha sido declarada fundada en la sentencia de Primera Instancia de fs. 43, confirmada por la vista de fs. 53 vta., de la que recurre la demandada.

Conforme al art. 734, inc. 3o., del C. C., constituye obligación de los albaceas, entre otras, cuidar de la administración de los bienes. La negligencia o abuso en sus funciones de los albaceas, origina su remoción conforme al dispositivo legal en que se fundamenta la presente demanda.

En el caso de autos, la demandada en su confesión de fs. 28, con arreglo al interrogatorio de fs. 27, conviene en que ejerce la administración de los bienes de don J. Rufino Estrada; que un hijo de ella mantiene en su poder el fundo "Totorani" por el arrendamiento de S/. 70.00; que nada ha hecho por aumentar el capital ganado ni mejorarlo; que el único fundo arrendado es "Totorani" y los demás no lo están; que no rinde cuentas desde el año 1944, etc., etc.

Analizando dicha confesión, que hace prueba plena contra la demandada, resulta que ésta ha incurrido en causales de remoción de su cargo.

Por lo expuesto, opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 25 de febrero de 1951.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintitrés de abril de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuentitrés vuelta, su fecha dos de mayo del año último, que confirmando la de primera instancia de fojas cuarentitrés, su fecha veinte de setiembre de mil novecientos cuarentinueve, declara fundada la demanda interpuesta a fojas tres por don Alfredo Indacochea, y que doña Sabina Salazar viuda de Estrada ha dejado de ser Albacea de la Testamentaría de don J. Rufino Estrada; condenaron en la multa de cuatrocientos soles y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Zavala Loaiza.– Frisancho.– Cox.– Eguiguren.

Se publicó conforme a ley.– Francisco Velasco Gallo, Secretario.

R. J. P.– 1958; p. 303

REMOCION DE ALBACEA TESTAMENTARIO.– Inventarios.

X,17) *La formulación del inventario para aplicación de los impuestos a la Sucesión no exonera al Albacea de la obligación de hacer un inventario judicial de los bienes.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 309/57.– Procede de Lima.

Señor:

Por recurso de fs. 4, don Luis E. Gabaldoni, interpone demanda contra la albacea testamentaria, designada por el que fue don Manuel Vicente Gabaldoni, doña Romilda P. viuda de Gabaldoni, para que se le tenga por removida del cargo de albacea, en virtud de que, la demandada, no ha

cumplido con expresas disposiciones de la ley, tal como la de hacer inventario de los bienes, proceder a su seguridad, y pagar las deudas y cargas hereditarias. Funda su demanda, en los hechos expuestos y en lo establecido por el art. 734 incs. 2o., 3o. y 5o., del C.C. La demanda comprende también a los demás herederos, don Ernesto Gabaldoni y don Enrique Jorge Gabaldoni. Citadas las partes a comparendo, esta diligencia tuvo lugar a fs. 7, en que el demandante amplió su demanda en los términos que aparecen de dicha diligencia y la parte demandada, la contradijo y negó en todas sus partes, manifestando que se habían hecho los inventarios de los bienes, por ante la Superintendencia de Contribuciones para el respectivo pago de impuesto a la herencia y que todas las demás afirmaciones, eran totalmente inexactas. Seguida la causa por los trámites que a su naturaleza corresponde, el Juzgado de Primera Instancia, declaró fundada la demanda, en todas sus partes, por sentencia de fs. 169, la que apelada, fue confirmada por el Tribunal Superior, por la resolución de vista de fs. 178. Contra esta resolución, se ha interpuesto recurdo de nulidad.

Conforme es de verse de la prueba actuada en este proceso, la demandada, doña Romilda P. viuda de Gabaldoni, durante su ejercicio del cargo de albacea, respecto de los bienes dejados por el testador, don Manuel Vicente Gabaldoni sólo se ha limitado a organizar un expediente administrativo, donde se ha declarado los bienes existentes de propiedad del testador, pero en ninguna forma, se ha acreditado que la demandada, haya cumplido con las expresas disposiciones contenidas en el art. 734 incs. 2o., 3o. y 5o. del C.C., pues no ha probado la demandada, que haya organizado, algún expediente sobre seguridad de herencia e inventariación de bienes, así como del pago de las cargas de la herencia, esto es, que se ha infringido las expresas disposiciones del precepto legal invocado en la demanda. Por consiguiente, no habiendo probado la demandada la inexactitud de los cargos formulados en su contra y en los que se ampara la parte demandante, este ministerio es de parecer que, por mandato de la ley, la albacea testamentaria, doña Romilda P. viuda de Gabaldoni, ha dejado de ser albacea de los bienes dejados por el testador; y, compartiendo los fundamentos expuestos en los fallos de las instancias inferiores, el suscrito opina porque tanto el Juzgado de Primera Instancia como el Tribunal Superior, han procedido con acierto y con arreglo a Derecho, al dictar sus respectivos fallos.

NO HAY NULIDAD, pues, en la sentencia recurrida.

Lima, 3 de junio de 1957.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, cuatro de octubre de mil novecientos cincuentisiete.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento setentiocho, su fecha trece de abril de mil novecientos cincuentisiete que confirmando la apelada de fojas ciento sesentinueve, su fecha once de diciembre último declara fundada la demanda de fojas cuatro y, en consecuencia que doña Romilda viuda de Gabaldoni queda removida del cargo de albacea de la testamentaría de don Manuel Vicente Gabaldoni; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Garmendia.— Maguiña Suero.— Alva.— Lengua.— Cebreros.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

R. J. P.— 1964; p. 45

Remoción de albacea. Falta de diligencia en la administración. Acción procedente.— C.C. art. 738.

X,18) *Si el demandado en su condición de albacea, no cumple con realizar el inventario a que se refiere el art. 738 del C.C., y antes bien ha dispuesto de los bienes de la sucesión, sin rendir cuenta alguna, es procedente la demanda que persigue su remoción.*

DICTAMEN FISCAL

Señor: Doña Juana H. Vda. de Mathey, recurre del fallo de vista de fs. 57, que declara fundada la demanda de fs. 2, sobre remoción de albacea, confirmando así el apelado que corre a fs. 45.

Está acreditado por la confesión de la demandada, respuestas a la 1a. pregunta fs. 25 y 2o. pregunta, fs. 26, que no hizo inventario judicial ni administrativo de los bienes de la sucesión. Por otra parte, conforme a la certificación del Banco de Fomento Agropecuario que corre a fs. 27 vuelta, la demandada, rebasando sus deberes de albacea realizó una serie de ventas de ganado pertenecientes a la sucesión sin haber informado ni rendir cuenta alguna a sus coherederos. El mismo Banco de Fomento Agropecuario a fs. 42,

certifica que el establo "Enrique" produce un promedio de 435 litros diarios de leche, que vendidos a S/. 2.85 cada uno, da un promedio mensual de S/. 37,792, que resulta deficiente teniendo en cuenta que el 80°/o del ganado está en producción. Situación ésta que confirma la mala administración que acusan los demandantes, respecto de los bienes de la sucesión, a doña Juana H. Vda. de Mathey. Esta, además, confiesa que diariamente da a los demandantes 7 litros de leche, lo que evidentemente no guarda relación con la producción fijada por la certificación del Banco de Fomento Agropecuario.

Está pues probado que la demandada, no cumplió en su condición de albacea, con realizar el inventario a que se refiere el Art. 738 del C.C., y que ha dispuesto de algunos bienes de la sucesión sin rendir cuenta alguna, y que muestra poca diligencia en la administración del establo. Es pues procedente su remoción.

Por lo expuesto, opino que NO HAY NULIDAD en la sentencia de vista. Lima, 29 de octubre de 1963.

L. Ponce Sobrevilla.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 14 de noviembre de 1963.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuentisiete, su fecha veintidós de julio del presente año, que confirmando la apelada de fojas cuarenticinco, su fecha nueve de agosto de mil novecientos sesentidós, declara fundada la demanda de remoción de albacea, a cargo de doña Juana Hoke, viuda de Mathey, en los seguidos por don Luis Miguel Mathey y otro; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– Lengua.– Valdez Tudela.– Eguren Bresani.– Alarcón.– Gonzales García.

ANALES JUDICIALES.– 1965; p. 17

X,19) *Las infracciones del procedimiento surgidas en la diligencia de inventarios no constituyen causal que pueda dar lugar a la remoción del albacea.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Alberto De Armero Fernández, ha demandado la remoción del albacea de la testamentaría de doña Juana Luisa de Armero González, que ejerce el Dr. Juan Bendezú Pacheco. Invoca como fundamento de derecho los Arts. 738 y 668 del C.C. La demanda ha sido declarada infundada por el Juez de primera instancia y revocada por la 2a. Sala Civil de la Corte Superior de Lima, lo que origina el recurso de nulidad concedido al demandado por auto de fs. 76v.

El Tribunal Superior ha incurrido en error al declarar fundada una demanda de remoción de ejecutor testamentario, basándose en el Art. 668 del C.C., que se refiere a la inhabilidad de ciertas personas para recibir herencia del testador. En el fondo, el Tribunal ha declarado de oficio la nulidad del nombramiento de albacea que hizo doña Juana Luisa de Armero González, con la facultad que confiere el Art. 729 del mismo Código. Para llegar a la conclusión precedente, tengo en cuenta que esta clase de nombramientos quedan sin efecto solamente en el caso de resolución judicial que declare su nulidad, recaída en el juicio promovido con ese fin y por excusa oportuna o renuncia motivada del albacea, ya que aparte de los casos previstos en los Art. 738 y 734 del C.C., la ley no reconoce otras causas que den lugar a la caducidad del albaceazgo por remoción del instituído.

En cuanto a la causal del artículo 738 del C.C., que como fundamento principal se invoca en la demanda de fs. 2, resulta infundada. De la copia simple de la escritura de protocolización del inventario de los bienes yacentes al fallecimiento de la testadora doña Juana Luisa de Armero, consta que el albacea Dr. Juan Bendezú Pacheco, cumplió con pedir la facción de inventarios dentro del término señalado por la ley, cumpliendo una de las obligaciones de su cargo. Si en la diligencia deinventarios, se incumplieron normas procesales, no es asunto que pueda ser considerado como de responsabilidad del demandado.

Por los fundamentos expuestos, mi opinión concluye porque HAY NULIDAD en la sentencia recurrida de fs. 74v.; reformándola, debe confirmarse la dictada en primera instancia a fs. 43, cuyos fundamentos están arreglados a ley.

Lima, 13 de Mayo de 1965.

L. Ponce Sobrevilla.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinticinco de Mayo de mil novecientos sesenticinco.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas setenticuatro vuelta, su fecha veinticinco de Setiembre de mil novecientos sesenticuatro, que revocando la apelada de fojas cuarentitrés, su fecha veintiuno de Abril del mismo año, declara fundada la demanda de remoción de albacea interpuesta a fojas dos por don Alberto de Armero contra don Juan Bendezú Pacheco; reformándola: confirmaron la de primera instancia que declara infundada la indicada demanda; y los devolvieron.– VALDEZ TUDELA.– GARCIA RADA.– VIVANCO MUJICA.– ALARCON.– PERAL.– Se publicó conforme a ley.– Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa No. 1335/64. Procede de Lima.

R. J. P.– 1964; p. 966

EJECUTORES TESTAMENTARIOS.– Remoción-Inventarios.

X,20) *El albacea que no cumple con solicitar la facción de inventarios judicial de los bienes fincados al fallecimiento del causante, debe ser removido del cargo de albacea, aún cuando hubiera hecho el inventario administrativo para la liquidación de los impuestos a la sucesión y el causante en su testamento los hubiera indicado.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. No. 1680/68.– 2da. Sala.– Procede de Arequipa.

Señor:

En los seguidos sobre remoción de albacea por don Manuel Ponce Díaz con don Faustino Lazo, ésta ha interpuesto recurso de nulidad de la resolución de vista de fs. 85 vta. expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa, que confirmando la sentencia de fs. 78 y el auto ampliatorio de fs. 81, dictados por el Juez del Tercer Juzgado Civil de Arequipa, declara fundada la demanda sobre remoción de albacea.

El actor, en su calidad de hijo y heredero de doña Adelaida Díaz de Lazo, cónyuge del albacea demanado, solicitó dicha remoción, en vista de que

el albacea no había procedido a solicitar la facción de inventario judicial de los bienes fincados al fallecimiento de la causante. La circunstancia alegada por el demandado que esos bienes figuraban detallados en el testamento, y que se efectuó el inventario administrativo de los bienes dentro del expediente para la regulación del impuesto sucesorio, no convalida el incumplimiento de la obligación legal del albacea de inventariar los bienes dentro del término legal.

Estando, pues, probado que no se ha practicado el mencionado inventario, la demanda es fundada.

NO HAY NULIDAD.

Lima, 9 de julio de 1969.

Ponce Mendoza

RESOLUCION SUPREMA

Lima, catorce de julio de mil novecientos sesentinueve.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ochenticinco vuelta, su fecha tres de diciembre de mil novecientos sesentiocho que confirmando la apelada de fojas setentiocho, su fecha siete de octubre del mismo año, declara fundada la demanda de remoción de administrador, interpuesta a fojas dos, por don Manuel Ponce Díaz; y remueve, en consecuencia, al Albacea Testamentario don Faustino Lazo del Carpio del cargo para el que fue nombrado por la testadora doña Adelaida Díaz Núñez de Lazo, en el testamento, cuyo testimonio corre a fojas veintiuno; con lo demás que dicha sentencia contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– LENGUA.– GARCIA RADA.– PALACIOS.– NUÑEZ VALDIVIA.– CATACORA PISO.– Se publicó.– Ricardo La Hoz Lora.– Secretario.

R. de los T.– 1944; p. 155

X, 21) *El albacea no tiene facultad para demandar retracto a nombre de la testamentaría. En la propiedad indivisa el condominio no tiene derecho para demandar el retracto de colindancia. Para este caso la ley exige además que ambas propiedades colindantes no excedan de 10 hectáreas.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Sebastián López, por la Testamentaría de don Ildefonso López, representado por su coheredero y por él, hace valer acción de retracto contra doña María Huertas y los esposos Horacio Valencia y Justina Flores de Valencia, pretendiendo obtener se declare en su favor y de sus coherederos, la venta que la primera hizo a los segundos, de un lote de terreno ubicado en la Irrigación "Zamacola" de Caima y Cerro Colorado, colindante con otros lotes de terceros pertenecientes a la testamentaría de don Ildefonso López.

En octubre de 1934, don Ildefonso López vendió a don Santiago Budiel y a su esposa doña María Huertas, una fracción de terrenos de 5 topos más o menos, separándolos del lote de mayor extensión que le fue adjudicado por la Sociedad "Irrigación Zamacola de Caima y Cerro Colorado". Los esposos Budiel Huertas se divorciaron, y como consecuencia de la separación, esos cinco topos de terrenos pasaron a la Propiedad de doña María Huertas, y con ese título ésta los ha vendido a los esposos Valencia; y de allí que hay colindancia entre el terreno vendido y el resto de que se desprendió, de propiedad de la Testamentaría demandante, con cuyo título se hace valer la acción de retracto.

En el comparendo de fs. 10, el demandante se ratifica en su demanda, dejando constancia de que no ha consignado el precio ni los gastos, por ignorarlos, ya que "hasta la fecha", se ha mantenido oculta la venta: y el apoderado de las partes demandadas, se opone a la acción, niega sus fundamentos y hace presente que el precio de la venta fue de S/. 5,306.60 y aduce las razones legales que apoyan su oposición. Dentro del comparendo presta declaración el demandante y conviene en que los terrenos de Ildefonso López, que hoy pertenecen a él y a sus hermanos, tienen una extensión de 44 topos (fs. 11) y actuada la prueba que el proceso contiene, el Juez sentencia a fs. 64, declarando fundada la demanda y que la venta se entienda a favor de los demandantes, los que deberán consignar el precio y los gastos de escritura: consignación que se verifica a fs. 68.

Apelada esa sentencia por el personero de los demandados (fs. 71), el Tribunal Superior de Arequipa, por mayoría de votos, revoca la apelación de fs. 126, y declara sin lugar la demanda, por infundada, con el voto escrito del Vocal Dr. La Rosa en ese sentido, corriente a fs. 129, y los singulares

discordantes de fs. 128.

El demandante pretende se declare la nulidad de la Resolución Superior a fs. 181, lo que se deniega a fs. 132, por lo que interpone recurso de nulidad a fs. 133, concedido por auto de su vta.

Desde luego, siendo requisito indispensable, exigido por ley, la consignación del precio y los gastos en las demandas de retracto en el momento en que son conocidos por el retrayente, cuando en la diligencia del comparendo manifestó la demandada cuanto era el precio, debió el Juez ordenar su consignación inmediata para que el procedimiento pudiera progresar; pero esta omisión no es causa de nulidad en el presente caso, tanto porque ya ha tenido lugar la consignación aunque extemporáneamente, cuanto porque, en concepto del Fiscal, la demanda carece de fundamento legal.

No existe la nulidad planteada a fs. 121 ante el Tribunal Superior, porque consta de autos que la Sala la formaron los doctores La Rosa, Bernal y Gutiérrez Ballón y al resultar discordia (fs. 112) continuaron los mismos (fs. 125) hasta que producido el nombramiento del doctor La Rosa como Vocal de Lima, antes de apartarse del Tribunal Superior; el mismo día que se le concedió licencia, expidió su voto escrito (fs. 129) que rubricado por el Secretario se ha agregado a los autos (fs. 138 y 139) y por lo tanto, el procedimiento observado está dentro de las disposiciones de la ley, desde que la resolución superior recurrida, de fs. 126, lleva la firma de los dos vocales que expidieron y la del voto escrito del doctor La Rosa, que la completa y que es su reproducción (arts. 191 y 193 de la L.O. del P.J.).

Como la publicación haciendo conocer la venta se hizo el 28 de agosto de 1941 (fs. 113) y la demanda se interpuso el 23 del mismo mes y año, y no hay prueba de que los contratantes hubiesen dado el aviso ordenado por la ley, carece de fundamento todo lo aducido a la extemporaneidad de la demanda, ya que resulta presentada dentro del término legal.

Prescindiendo de que la acción de retracto no pueda hacerla valer el albacea de una testamentaría, porque no es su personero legal; y tampoco un coheredero, respecto de un bien indiviso, cuando se trata de propiedades limítrofes, porque no se sabe dentro de ellos quien es el dueño de la parte que limita con la que se va a retraer, y menos en el caso de autos, en el que, conforme al testamento de don Ildefonso López (fs. 142) éste instituyó herederos a sus hijos legítimos e ilegítimos, y demandante en la confesión que

presta a fs. 47 vta., dice: que sólo representa a sus hermanos legítimos, al declararse fundado el retracto podría resultar que en la partición tocara a los legítimos la parte limítrofe con el terreno vendido y entonces resultaría no ser de aplicación la disposición legal en que se apoya la demanda (fs. 1); y prescindiendo así mismo de que, habiéndose verificado la venta mucho tiempo antes de la muerte de don Ildefonso López (fs. 87), éste tuvo que conocer su existencia, tanto porque se registró en los libros de la Irrigación, cuanto porque vio a los compradores trabajando el terreno vendido; y por consiguiente, si él no ejercitó la acción de retracto en la época de la venta, no pueden ejercitarla sus herederos, por prohibirlo la ley (art. 1448 del C.C.), cabe considerar que el inc. 5o. del art. 1450. del Código Civil al conceder el derecho de retracto al propietario de las tierras colindantes cuando se trata de la venta de una finca rústica cuya cabida no excede de tres hectáreas o cuando aquella y ésta, reunidas, no excedan de diez, no establece doscasos distintos, sino dos circunstancias o modalidades dentro de un mismo caso, pero que no se puede acoger a una sin contemplar la otra; y ese es el error de interpretación de Primera Instancia para acoger la demanda.

Aceptar que procede el retracto porque el terreno vendido sólo tiene una extensión menor de 3 hectáreas, desconociendo el hecho probado de que esas tres hectáreas al unirse a la extensión de terreno colindante, que la acción hace valer, exceden de las diez que señala como límite esa disposición legal, es ir contra una prohibición de la ley, lo que demuestra el error de esa interpretación.

No es el caso, pues, de que la disposición legal estudiada tenga dos condiciones, y cumplida una de ellas la acción es procedente, sino que exige en el caso de retracto que la acción esté fundamentada en los requisitos que propone.

Esta es la interpretación legal, justa y jurídica de que puede armonizar con el espíritu de la ley; y de otra manera no tendrá explicación el art. 1453 del Código Civil al disponer que si dos o más colindantes usan del derecho de retracto, será preferido el que de ellos sea dueño de la tierra colindante de menor cabida, lo que demuestra que la mente del legislador es evitar la propiedad pequeña, pero también restringir la de mayor extensión.

Si así no fuera, de todas maneras, habría que interpretarlo en esta forma, ya que el retracto es un privilegio y como tal debe ser restringido y no ampliado.

Por estas consideraciones, opina el Fiscal que la Suprema Corte debe declarar que NO HAY NULIDAD en la resolución de vista recurrida.

Lima, junio 10 de 1943.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, julio 17 de 1943.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 126, su fecha 30 de octubre de 1942, que revocando la apelada de fs. 74, su fecha 11 de abril anterior, declara infundada la demanda de retracto interpuesta a fs. 1, por don Sebastián López; sin costas y los devolvieron. Valdivia.— Portocarrero.— Velarde Alvarez.— Frisancho.— Samanamud.— Se publicó conforme a ley.— A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. Año 1943.

Procede de Arequipa.

AJ.— 1941; p 159

X,22). *No puede entenderse con el albacea la demanda que tiene por objeto el pago de una deuda indeterminada de la testamentaría, por carecer de personería para comparecer en litigios de esa naturaleza.*

Recurso de nulidad interpuesto por don Roberto Paredes, en la causa que sigue con don Marcos Nicolini, sobre cantidad de soles.— Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Fiscal opina que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida por don Roberto Paredes.

Lima, 27 de setiembre de 1941

Araujo Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 14 de octubre de 1941.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que aunque no se ha presentado el testamento de don Ricardo Paredes, el doctor don Marcos Nicolini ha afirmado en su demanda de fs. 1 sin contradicción, que el testador nombró albacea a su hijo don Roberto Paredes, encargándole procediera a la liquidación de la sucesión: que por esta razón ha demandado dicho facultativo al albacea, para que le pague la suma de 20 mil soles, en que estima sus honorarios por su asistencia profesional en la última enfermedad del testador, sobrevenida en febrero y marzo de 1940 y por la operación quirúrgica a que entonces lo sometió: que el demandado no se cree autorizado para deferir a la acción, por tratarse de una responsabilidad de la sucesión, representada por la viuda y los hijos naturales del testador: que los albaceas son mandatarios especiales del testador, pero no de los herederos: que es en virtud de esta consideración que no son personeros de la testamentaría para comparecer en juicio como demandantes o demandados, conforme al artículo 737 del C.C., sinó tratándose de los encargados del testador y de los demás casos tazativamente señalados por la ley: que la obligación de cuidar de que se paguen las deudas y cargas hereditarias, con arreglo al artículo 734 y el encargo especial de liquidar la sucesión, no autorizan a prescindir de los herederos, directamente afectados por una responsabilidad indeterminada, que no es dado al albacea aceptar o rechazar por sí: declararon NULA la sentencia de vista de fs. 135, su fecha 23 de abril del año en curso e INSUBSISTENTE la de primera instancia de fs. 124, su fecha 8 de enero anterior, así como todo lo actuado: mandaron que el traslado de fs. 2 se entienda con los herederos de don Ricardo Paredes; y los devolvieron.

Barreto.— Valdivia.— Arenas.— Benavides Canseco.

Mi voto es porque se resuelva sobre el fondo del recurso.

García Maldonado.

Se publicó conforme a ley.

M. Arnillas O. de V., Secretario

Cuaderno No. 385.— Año 1941.

Semanàrio Judicial.– No 23, p 37, 1963.

X,23). *Los albaceas tienen facultades de administración de los bienes de la sucesión testamentaria. El incumplimiento de sus deberes, motiva la remoción.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

La Corte Superior de Ica ha revocado el fallo de primera instancia, que declara infundada la excepción de falta de personería y fundada la demanda interpuesta contra don Juan Caso sovre aviso de despedida, declarando fundada dicha excepción y sin lugar la demanda. Recurre del fallo el actor.

Por los fundamentos del recurrido, y no habiéndose hecho inventario de los bienes de la sucesión, la presente acción no puede ser iniciada por el demandante, por no haberse cumplido con realizar dichos inventarios judiciales.

Por tanto, la Corte Suprema puede declarar que la sentencia de vista se encuentra arreglada a ley.

NO HAY NULIDAD

Lima, 17 de junio de 1963.

L. Ponce Sobrevilla

RESOLUCION SUPREMA

Lima, once de Noviembre de mil novecientos sesentitres.

Vistos; con los expuesto por el señor Fiscal; por los fundamentos de la sentencia apelada; y considerando además: que según lo dispone el artículo setecientos treintisiete del Código Civil los albaceas tienen las facultades de administración de los bienes de la sucesión: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuentiocho, su fecha veinte de Agosto de mil novecientos sesentidos, que declara fundada la excepción de falta de personería, deducida en el acto del comparendo, por Juan Caso y Compañía, Sociedad Anónima e infundada la demanda de aviso de despedida, interpuesta a fojas cinco por don Amadeo Di Paolo; reformándola: confirmaron la de Primera Instancia de fojas cincuentitrés, su fecha diecinueve de Junio del

mismo año que declara sin lugar la referida excepción; y fundada la demanda; y ordena, en consecuencia, que la demandada desocupe el inmueble materia del juicio, en el plazo de cuatro meses contados a partir de la fecha de la notificación con la demanda; sin costas; y los decolvieron.

Señores: MAGUIÑA SUERO.– LENGUA.– EGUREN BRESANI.– VIVANCO MUJICA.– GONZALEZ GARCIA.

Se publicó: Tuleda Valderrama.

A. J. 1959; p 128

X, 24) *Las medidas de seguridad de herencia puede pedirlas tanto el heredero declarado judicialmente cuanto el instituído en testamento, sin que signifique nada en estos casos que exista o no ejecutor testamentario designado.*

El hecho de que el albacea haya cumplido con hacer inventario judicial, no impide que se pueda pedir y dictar medidas de seguridad, por que no son entre sí excluyentes sino complemantarias.

Las medidas relativas a la forma de proceder por el albacea en la administración de los bienes hereditarios indivisos en cuanto a la rendición de cuentas y a la obligación de depositar y distribuir los frutos, constituyen medios legales por los que los condóminos defienden su derecho.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Teresa Cox Larco de la Guerra, hija adoptiva y heredera de don Carlos Larco Herrera, mediante su apoderado, solicita a fs. 16, la seguridad de la herencia de su causante, para cuyo efecto pide que se notifique al albacea, su padre natural don Jorge Cox Valleriestra para que deposite las 4,500 acciones de la Negociación Chiclín S.A.; para que rinda cuentas de su gestión como apoderado de don Carlos Larco Herrera desde el 3 de Marzo de 1925, fecha en que recibió poder por escritura pública; que deporsite fondos, valores u otros bienes que hubiere recibido antes del fallecimiento del testador; para que rinda cuentas del albaceazgo desde el día que comenzó a ejercer el cargo;

para que rienda cuenta mensual de su gestión; para que deposite en un Banco todos los fondos que haya recaudado como albacea; y para que se distribuya las rentas en la forma establecida en el testamento en la proporción a que se refiere el punto 7º del referido escrito. El juez ha accedido a la petición, con excepción, de lo relativo a la rendición de cuentas de su gestión como apoderado.

Doña Carmela Larco de Cox, legataria del tercio de los bienes de don Carlos formula oposición a fs. 21. Don Jorge Cox Valleriestra, albacea testamentario y con derecho al 20º/o de la masa de los bienes, deduce igualmente oposición en su escrito de fs. 37; oposiciones que, en rigor, han sido desestimadas al declararse fundada la reposición pedida de contrario al traslado conferido.

Procesalmente, es inadmisible la acumulación en una solicitud de seguridad de herencia de demandas de rendición de cuentas, depósito de bienes que no han sido inventariados. Ha hecho bien el juez al denegar la petición para que el albacea rinda cuentas de su gestión como apoderado en vida del causante; igual suerte han debido correr las otras peticiones sobre rendición de cuentas.

La copia fotostática de fs. 4, presentada por la propia heredera está acreditando que el albacea ha cumplido con las obligaciones que le impone el Art. 734 del C. C. A. tenor de las últimas cláusulas de la escritura pública de ampliación de poder que en testimonio corre a fs. 29, que han sido expresa y concretamente ratificadas en el testamento de don Carlos Larco Herrera, copia de fs. 10, don Jorge Cox ha sido relevado de fianza y el plazo de su gestión tiene carácter indefinido; demostrando el testador, a traves de esos instrumentos la más amplia y absoluta confianza en la gestión de don Jorge Coz Valleriestra durante su vida y para después de su fallecimiento, hecho que contrasta con la actitud adoptada por la heredera al iniciar este procedimiento dirigido contra su padre natural.

En concepto de este Ministerio la petición sobre seguridad de herencia es improcedente. Se desnaturaliza la institución del albaceazgo y, en este caso, se contraría y lejos de eso la copia aludida demuestra lo contrario. La seguridad de la herencia que se ha solicitado importaría la negación del ejercicio de las atribuciones del albacea, que sólo puede ser removido por las causales señaladas en el Art. 743 del C. C., remoción que no ha sido demandada.

Por las consideraciones expuestas y por los fundamentos que dieron origen a la ejecutoria suprema que en copia corre a fs. 73, soy de opinión que la Corte Suprema se sirva declarar que es NULA la resolución recurrida, así como las de primera instancia de fs. 17 y 45 y todo lo actuado; debiendo declararse imporcedente la solicitud de fs. 17, dejándose a salvo el derecho de la pericionaria para que lo haga vales conforme a ley.

Lima, 3 de Marzo de 1959.

Velarde Alvarez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, doce de Mayo de mil novecientos cincuentinueve.

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal; y considerando: que por el presente cuaderno doña Teresa Cox Larco de la Guerra invocando su calidad de hija adoptiva y heredera de don Carlos Larco Herrera solicita que se dicte diversas medidas de seguridad respecto de los bienes que constituyen la herencia dejada por el referido don Carlos Larco Herrera; que en principio el derecho de la actora para formular su pedido está amparado por el artículo mil doscientos cincuenticuatro del Código de Procedimientos Civiles. que establece que las medidas de seguridad las puede pedir tanto el heredero declarado judicialmente cuanto el instituido en testamento, sin que diferencie para estos casos que exista o no ejecutor testamentario designado; que el hecho de que el albacea haya cumplido con hacer el inventario judicial de los bienes, no impide que se pueda pedir y dictar dichas medidas porque no son entre si excluyentes sino complementarias, ya que ambas estan enumeradas sepradamente en los incisos segundo y tercero del artículo setecientos treinticuatro del Código Civil como actos que competen al albacea a la muerte del testador; que las medidas de seguridad de la herencia por su naturaleza deben referirse a la preservación y cuidado de los bienes que constituyen la masa hereditaria, las que en forma general especifica el artículo mil doscientos cincuentiseis del Código de Procedimientos Civiles; que procede apreciar entonces, en el presente caso particular, si las solicitadas por doña Teresa Cox Larco de la Guerra y ordenadas por el auto de fojas diecisiete confirmado por el Superior de fojas sesentidos tiene todas tal carácter, y si procede tramitarlas y resolverlas dentro de las pautas que establece el Código de Procedimientos Civiles en sus artículos mil docientos

cincuentidos y siguientes para los casos de seguridad de herencia como procedimiento no contencioso; que la que se refiere a ordenar el depósito por el albacea don Jorge Cox Valleristra como bien de la testamentaría Carlos Larco Herrera y sujeta a su administración, de las cuatro mil quinientas acciones al portador de la Negociación Chiclín y anexos Sociedad Anónima comprendidas en el inventario respectivo, hasta que se practique la partición de bienes o cese en el cargo de albacea administrador, es legalmente justificada y aceptable; que en cambio no es procedente la que pide que el mismo albacea deposite también otros bienes que hubiera recibido del causante antes de su fallecimiento, porque no tiene contenido determinado y se plantea en caso conjetural, sin especificar los bienes y sin afirmar que su entrega supuestamente realizada en vida del testador se refería a muebles o valores que fueran a ser materia de su herencia; que las medidas relativas a la forma de proceder por el albacea en la administración de los bienes hereditarios indivisos, a las oportunidades en que debe rendir cuentas y a la obligación de depositar y distribuir los frutos en determinada proporción, no son por su naturaleza de seguridad de la herencia, sino que derivando del hecho mismo de la administración ya establecida constituyen los medios legales por los que los condóminos, según su conformidad o desacuerdo con la forma de cumplirse, pueden defender sus derechos a través del procedimiento especial que establece el Código de Procedimientos Civiles para la administración de bienes comunes de acuerdo con lo que dispone el artículo mil docientos sesentisiete de dicho Código; que, igualmente, respecto a las cuentas que debe rendir el albacea, teniendo éste la administración de los bienes según así lo dispone el inciso cuarto del artículo setecientos treinticuatro del Código Civil y la obligación que señala la segunda parte del numeral setecientos cuarentiseis del mismo código, los interesados en la herencia pueden proceder en la forma establecida por el artículo mil doscientos siete del Código de Procedimientos Civiles; que en los únicos casos en que el artículo mil doscientos sesenta del Código de Procedimientos Civiles admite que se dicte la medida de administración de bienes comunes con el carácter de seguridad de la herencia, lo hace restringiéndola a aquellos en que no hay herederos instituidos en testamento otorgado en escritura pública o protocolizado, ni judicialmente declarados, en los que la designación de la persona del administrador corresponde directamente al juez; que aún en tales oportunidades las pautas aplicables a la administración en cuanto a los puntos

que son materia del pedido formulado por doña Teresa Cox de la Guerra, son las que la ley por medio del artículo mil doscientos sesenticuatro del mismo código refiere a las comunes en sus artículo mil doscientos tres, mil doscientos cinco y mil doscientos siete a mil doscientos diez; que, en consecuencia, en el presente caso en que el causante ha previsto lo relativo al administrador dejando designado albacea testamentario, no procede respecto de sus admistración solicitar con el carácter de medidas por el juez en su referido auto de fojas diecisiete; y que por lo tanto tales medidas deben plantearse y resolverse dentro de los procedimientos legales correspondientes: declararon NO HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas sesentidos, su fecha veintitrés de Diciembre de mil novecientos cincuentiocho en la parte que confirmando el de primera instancia de fojas diecisiete su fecha tres de Octubre del mismo año ordena que el albacea don Jorge Cox Valleriestra deposite en custodia en un banco de la localidad los títulos de las cuatro mil quinientas acciones de Negociación Chiclín y Anexos Sociedad Anónima de propiedad de la sucesión de don Carlos Larco Herrera; declararon HABER NULIDAD en lo demás que contiene; reformando el recurrido y revocando el apelado: declararon que no proceden con el carácter de seguridad de la herencia las medidas solicitadas en los puntos tercero, cuarto, quinto sexto y séptimo del recurso de fojas dieciseis, su fecha primero de Octubre de mil novecientos cincuentiocho interpuesto por doña Teresa Cox Larco de la Guerra; y los devolvieron.— SAYAN ALVAREZ.— TELLO VELEZ.— VALDEZ TUDELA.— EGUREN.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.— Mi voto es porque se declare NO HABER NULIDAD en la resolución recurrida en cuanto declara procedentes la solicitudes formuladas por doña Teresa Cox Larco de la Guerra en los puntos primero, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo del escrito de fojas dieciseis, por las consideraciones siguientes: que el procedimiento establecido por el título sexto de la Sección Tercera del Código de Procedimientos Civiles ampara a los interesados directa o indirectamente en la conservación de los bienes de la herencia y por consiguiente puede iniciarse aún existiendo albacea para que el cargo se ejercite en resguardo del interés común, como se infiere de lo dispuesto por el artículo mil doscientos cincuenticuatro del Código de Procedimientos Civiles; que el hecho de que el albacea haya inventariado los bienes no lo exime de la obligación de asegurarlos, pues dichas medidas no son excluyentes sino complementarias, teniendo la primera a limitar su responsabilidad a los que

recibió según esa diligencia judicial, y la segunda a regular el poder de administración que le confiere la ley, motivo por el cual el artículo setecientos treinticuatro del Código Civil se refiere separadamente a una y otra medida en sus incisos segundo y tercero; que a falta de norma legal específica que regule el poder de administración del albacea rigen las disposiciones pertinentes del Código de Procedimientos Civiles sobre administración judicial en cuanto no esté contemplado por el Código sustantivo, resultando aplicables, en consecuencia, al presente caso las prescripciones contenidas en el título segundo sección tercera del Código de Procedimientos Civiles en virtud de los prescrito por el artículo mil doscientos sesentisiete del mismo código; que por razón del origen de donde emanan los poderes del albacea no existe un procedimiento en giro sobre administración de bienes en el cual pueda incidir la solicitud de la heredera doña Teresa Cox de la Guerra encaminada a obtener que aquél cumpla determinadas obligaciones de su cargo; que, en estas circunstancia, y no requiriéndose la formalidad de un juicio para lograr ese propósito cabe que dentro de este procedimiento se curse la petición de dicha heredera; que las medidas de seguridad ordenadas por el juez en el ejercicio de la potestad que le confiere la última parte del artículo mil doscientos cincuentiseis del Código de Procedimientos Civiles son las que corresponden a la naturaleza de los bines inventariados, y tanto la obligación que tiene el albacea de distribuir durante la administración la renta líquida que producen los bienes entre los interesados en proporción a su participación, cuanto la de dar cuenta del ejercicio del cargo, cuando le ordene aquel funcionario, a perición de algún interesado están expresamente señaladas en los artículos mil doscientos dos, mil doscientos siete del Código de Procedimientos Civiles y setecientos cuarentiseis del Código Civil; que por consiguiente la solicitud formulada por doña Teresa Cox Larco de la Guerra, hija adoptiva y heredera testamentaria de don Carlos Larco Herrera para que el albacea proceda en la forma que indica respecto a la administración que ejerce resulta justificada, sin que puedan considerarse monoscabadas las atribuciones de éste por las medidas dictadas que no importan el desapoderamiento de los bienes sujetos a su custodia y vigilancia.— MAGUIÑA.— Se publicó conforme a ley.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

Causa No 1719/58.— Procede de Lima.

REVISTA DE LOS TRIBUNALES.– Año 1941; pág. 499

X, 25) *La facción de inventario de los bienes de un intestado, solo debe comprender los que este poseía como propios al tiempo de su fallecimiento.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Fiscal opina que no hay nulidad en la sentencia recurrida por don Demetrio H. Suárez.

Lima, setiembre 27 de 1941

Araujo Alvarez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, noviembre 17 de 1941

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal, y considerando: que las partes se hallan de acuerdo en que don José Franco Pacheco no poseía al tiempo de su fallecimiento el terreno a que se refiere la demanda: que por tanto no ha debido incluirse dicho bien en los inventarios de que se trata: que si los herederos de Franco creen que ese terreno es de propiedad de la testamentaría, pueden hacer uso de su derecho con arreglo a las leyes: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 58, su fecha 9 fe enero del año en curso; y reformándola, confirmaron la de primera instancia de fs. 49 vta., su fecha 20 de noviembre anterior, en cuanto declara fundada la demanda de fs. I y que debe excluirse del inventario de los bienes de don José Franco el potrero del pago de Chancalama q' posee don Demetrio Suárez, sin costas; y los devolvieron.– BARRETO.– VALDIVIA.– BALLON.– PASTOR.– VELARDE ALVAREZ.

Se publivó conforme a ley.–

Con autorización del Tribunal.– E, Vivanco M. Secretario.

Cuaderno No. 162 – Año 1941

Procede de Tacna.

R.J.P.– Año 1950; pág. 325
EJECUTOR TESTAMENTARIO O ALBACEA.– Plazo legal se su mandato.– Art. 740 del C.C.

X, 26) *1o.– Conforme al articulo 740 del C. C. expira el albaceazgo a los dos años del ejercicio del cargo.*
2o.– No es nulo el procedimiento seguido sin citación del albacea cuyo plazo legal de mandato ha expirado.

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 760/949.– Procede de Junín.

Señor: Por su demanda de fs. 1 presentada el 31 de agosto de 1944, doña Carmen, doña Dolores y doña Mercedes de la Vega, deducen la nulidad de los testamentos otorgados por su tía doña Fermina de la Vega en escrituras públicas de 14 de noviembre de 1938 y 30 de enero de 1939 y codicilo de 30 de diciembre de 1938, bajo cuyo imperio falleció el 3 de febrero de 1939, dirigiendo su acción contra los beneficiarios de esas disposiciones, el representante de la Sociedad de Beneficencia Pública de Tarma, doña Paulina Lami y más que se nominan en la propia demanda.

Tramitada esta causa con la amplitud correspondiente a su naturaleza ordinaria, fue desestimada en su integridad por la sentencia de Primera Instancia de fs. 218, la que declarada nula por la vista de fs. 241 por no haberse citado con la demanda y en el juicio al albacea testamentario don Jorge Córdova, viene en recurso de nulidad traído por doña Paulina Lami.

El art. 740 del C. Civil dispone que expira el albaceazgo entre otras causas, por haber pasado dos años del ejercicio del cargo, salvo el mayor plazo fijado en el testamento, o también por haber llenado el albacea las funciones que le encomienda el art. 734 del mismo Código.

Ahora bien, si las funciones del albacea se inician precisamente el mismo día del fallecimiento del testador, ya que según el citado artículo 734 tiene que ocuparse de los funerales de él, de urgencia inmediata, seguridad de sus bienes y otros de carácter impostergable, claro está que habiendo fallecido la testadora el 3 de febrero de 1939, el mandato del albacea Córdova expiró el 3 de febrero de 1941 en que vencieron los dos años de ley, ya que como es de verse del codicilo y testamento de doña Fermina en que lo designa como

albacea, cuyos testimonios corren agregados a fs. 171 y 172, no concedió la testadora prórroga alguna a este plazo.

Siendo esto así, cuando en 31 de agosto de 1944 fue interpuesta la demanda de fs. 1 sobre nulidad de los testamentos indicados, no tenía por qué citarse con ella a don Jorge Córdova que había sido, pero que no era ya albacea, pues hacía más de tres años y medio que había expirado el plazo legal de su mandato, el que a mayor abundamiento, habiéndose ya practicado a gestión suya, a raíz del fallecimiento de la testadora, el inventario de los bienes de esta, con lo que quedó cumplida la fundamental obligación del albaceazgo señalada en el inciso 3o. del citado art. 734, fue declarado expresamente fenecido por resolución judicial de 18 de abril de 1939, sin oposición alguna de interesado, todo lo que consta de los actuados que en copia certificada corren agregados a fs. 234 y 235.

Lo expuesto hace ver que no ha tenido por qué citarse en esta causa, y por qué intervenir en ella el ex-albacea don Jorge Córdova y que por lo mismo no se ha incurrido con esa falta de citación en los casos de nulidad que encuentra la Corte Superior de Junín en su auto recurrido de fs. 241; por lo que y encontrando correcto y válido el procedimiento a este respecto, opino porque procede declararse la NULIDAD e INSUBSISTENCIA del recurrido y mandar que la Corte Superior proceda a absolver el grado pendiente, pronunciándose sobre el fondo del asunto.

Lima, noviembre 22 de 1949.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, treinta de noviembre de mil novecientos cuarentinueve.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon NULA la resolución de vista de fojas doscientas cuarentiuna, su fecha cinco de julio del presente año, expedida en los seguidos por doña Carmen de la Vega con doña Paulina Lami y otros, sobre nulidad de testamento de doña Fermina de la Vega; mandaron que el Tribunal Superior de Junín absuelva el grado con arreglo a ley; y los devolvieron.

Valdivia.— Fuentes Aragón.— Cox.— Pinto.— León y León.

Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García, Secretario.

A. J.– 1953; p. 29.

X,27) *Designando albacea testamentario al que se le ha conferido encargo especial para vender, el juicio promovido respecto a la validez de la minuta de venta, debe entenderse y proseguirse unicamente con dicho albacea que suscribió la minuta.*
El albacea es personero de la testamentaría tratándose de los encargos del testador, lo que hace inoficiosa la intervención en juicio de los demás interesados en la herencia.

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 951/50.– Procede de Lima.

Señor:

El demandado don Ricardo Mora interpone recurso de nulidad contra la sentencia de vista de fojas 218, que declara insubsistente la de Primera Instancia de fojas 174 y nulo lo actuado desde fojas 25 vuelta, reponiendo la causa al estado de que se cite con la demanda a los representantes legales de la Testamentaría de doña Petronila Ruiz viuda de Ricaldi.

La demanda de fojas una, ampliada a fojas 25 se ha dirigido también contra don Toribio Rodríguez, albacea de la testamentaría indicada, y persigue la nulidad de la escritura otorgada en rebeldía de éste en su carácter de albacea.

La acción ha debido entenderse con los herederos y no con el albacea, quien había cesado en el cargo, y que aunque lo ejerciera estaba impedido de comparecer en juicio distinto del indicado en el inciso 6o. del artículo 734 del Código Civil, como lo estatuye el artículo 737 del mismo Código.

Por lo expuesto opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 27 de setiembre de 1950.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dieciocho de mayo de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que designado don Toribio Rodríguez como Albacea según la cláusula octava del

testamento que en testimonio obra fojas once del expediente acompañado y habiéndosele conferido encargo especial por la cláusula novena del mismo testamento para vender los terrenos pastales denominados "Rocoscocha" a que se refiere esa misma claúsula con el fin que en ella se indica, el presente juicio promovido respecto a la validez de la minuta a que se contrae la demanda de fojas una y su ampliación de fojas veinticinco debe entenderse y proseguirse únicamente con dicho albacea que suscribió la mencionada minuta a la que siguió el otorgamiento de la respectiva escritura pública; que la exclusiva intervención del albacea con respecto al cumplimiento especial del encargo de que se trata resulta del hecho de no haberse puesto término definitivo a ese encargo especial, por lo que no ha cesado en sus funciones de acuerdo con lo que prescribe la última parte del artículo setecientos cuarenta del Código Civil; ya que además tal apersonamiento en juicio del albacea resulta asimismo de lo que preceptúa el artículo setecientos treintisiete del mismo Código que dispone que el albacea es personero de la testamentaría tratándose de los encargos del testador, lo que hace inoficiosa la intervención en el presente juicio de los demás interesados en la herencia: declararon NULA la sentencia de vista de fojas doscientas dieciocho, su fecha veintidós de agosto de mil novecientos cincuenta, expedida en los seguidos por don Tomás Baquerizo con don Ricardo A. Mora, sobre nulidad de escritura; mandaron que la Corte Superior de Lima absuelva el grado, confirmando o revocando la de primera instancia; y los devolvieron.— Sayán Alvarez.— Checa.— Maguiña.— Valverde.— Serpa.

Se publicó conforme a ley.

Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

R. de los T.— 1940; p. 376

X,28) *La dejación del cargo de albacea, por no haber practicado los inventarios judiciales, sólo es practicable, como causal de remoción al albacea en funciones.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

De la larga discusión sostenida, y de la amplia prueba actuada, en el

juicio que promovió el Dr. Abraham de Vinatea contra los herederos de doña María Josefa de Goyeneche reclamando el pago de los derechos que le correspondían como Albacea de esa testamentaría, resulta acreditado que el demandante ejerció dicho cargo durante el tiempo que indica; —que sus servicios fueron eficientes; — y que no recibió el total de las sumas de dinero a que tenía derecho por aplicación de lo dispuesto en el art. 830 del Código Civil anterior, bajo cuya vigencia se produjeron la situación de derecho invocada y la interposición de la demanda.

En consecuencia no pueden tomarse en cuenta las alegaciones relativas a la existencia de tres Albaceas, al pago de honorarios al apoderado o gestor en Lima, Olazábal, y a la calidad de empleado de la familia Goyeneche.

En cuanto al primer punto consta de autos que los otros dos Albaceas manifestaron por carta, no desmentida ni tachada, que el honorario legal por ese Albaceazgo correspondería íntegramente a Vinatea en razón de que también era el único que actuaba en el Perú. Respecto de las sumas abonadas al Ingeniero Olazábal, por un servicio especial en Lima, sobre tratarse de un pago autorizado por los herederos por gestión indispensable en servicio de sus propios intereses, hay que tener en cuenta que era un gasto requerido ineludiblemente por la defensa de una fortuna cuantiosa, que debió pagarse de la herencia misma, estando a lo establecido en el art. 828 del mismo cuerpo de leyes. La condición de empleado es distinta de la de Albacea; sus servicios deben remunerarse independientemente; no pueden confunidrse; ya que la designación para el cargo hecha en testamento, no fue por ser tal empleado sino, como debe suponerse, por razones de confianza enteramente personales.

El Juez está en lo cierto al considerar que no puede tomarse en cuenta, para abonar derechos de albaceasgo, el valor representado por todo, o parte, del Hospital de Arequipa, porque en su administración o vigilancia no ha intervenido, ni tenía para qué intervenir, el demandante. El fallo, en cuanto declara fundada la acción sólo respecto del porcentaje referente a los demás bienes, está arreglado a ley y justicia. No hay nulidad en la confirmatoria de fs. 551. Salvo mejor parecer.

Lima, julio 13 de 1939.

Calle.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, junio 7 de 1940

Vistos; en discordia de votos; de conformidad en parte con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal; y considerando: que el doctor don Abraham de Vinatea fue nombrado albacea mandatario por doña María Josefa de Goyeneche y Gamio, fallecida en París el 22 de diciembre de 1926, y ejerció el cargo, respecto de todos los bienes existentes en el Perú, desde aquella fecha hasta el 4 de febrero de 1932, sin oposición de los herederos: que interpuesta por Vinatea la demanda de fs. 3, en junio del año últimamente citado, para el pago de sus honorarios, los herederos han contradicho la acción, por las razones contenidas en su escrito de fs. 115, que han sido apreciadas en los fallos de primera y segunda instancia y que han ampliado ante esta Corte, sosteniendo que el actor carece de derecho a honorarios, porque no fue albacea, en razón de no haber hecho el inventario judicial prescrito por el inciso 3o. del art. 814 del C.C. derogado, perdiendo automáticamente el cargo, conforme al art. 823: que si no hay duda de que el inventario a que estas leyes se contraen es el judicial, y de que el actor no los practicó, no pudiendo reputársele reemplazado, para los efectos legales, por el administrativo que forman las autoridades fiscales que acotan el impuesto, la omisión no implica que el doctor Vinatea hubiese dejado por eso de ser albacea, porque el art. 823 rige una situación de actualidad, desde que se refiere al albacea en funciones, que es el único sobre quien puede gravitar la sanción de la pérdida o dejación del cargo, como resultado de la delación o denuncia que al respecto formulasen judicialmente los herederos: que es de todo punto inadmisible, como opuesta a la realidad, la hipótesis de que imaginariamente dejó de ser albacea quien lo fue de hecho y de derecho por el período de tiempo indicado, con el beneplácito y consentimiento de todos los herederos, que no demandaron en ningún momento su remoción y recibieron de él en forma solemne su parte de bienes y a quien no puede, por lo mismo privársele del honorario que ganó definitivamente al amparo del art. 830, con la sola excepción del medio por ciento a que esta disposición se contrae; y que no procede el pago de intereses sobre una suma sujeta a liquidación. Por estas razones y las demás del fallo de vista en lo pertinente: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 551, su fecha 14 de enero de 1938, en cuanto confirmando la de primera instancia de fs. 498, su fecha 5

de marzo de 1937, declara que el actor tiene derecho al medio por ciento de que trata el citado art. 830 del Código Civil derogado y que los demandados se hallan obligados a pagar intereses legales sobre el importe de los honorarios: reformando la primera y revocando la segunda, declararon infundada la demanda en estas dos partes: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista en lo demás que contiene; y los devolvieron.— Barreto.— Ballón.— Benavides Canseco.— García Maldonado.

Considerando: que demandada por los causa habientes de don Abraham Vinatea el pago de los derechos que correspondía a su causante como albacea de doña Josefa de Goyeneche, si bien resulta acreditado que efectivamente el señor Vinatea fue nombrado para dicho cargo por la testadora, ha quedado también comprobado que no practicó oportunamente los inventarios de los bienes yacentes de la testamentaría; que prescribiendo el art. 823 del C.C. de 1852 —vigente cuando se abrió la sucesión de la nombrada testadora— que deja de ser albacea el que no cumple con practicar inventarios dentro de un mes después de la muerte de la instituyente, salvo el término de la distancia, y al haberse vencido con exceso ese plazo sin que el señor Vinatea cumpliera con aquella obligación, cesó evidentemente en sus funciones de albacea; que el carácter imperativo desnaturalizado si se le confundiera con disposiciones legales de otro orden que dan lugar a acciones judiciales —como se alegó en la defensa oral de la parte demandante— y no se considera que sus efectos se producen IPSO JURE: que contribuye a excluir esas interpretaciones el hecho de que el mismo testador no puede relevar de la práctica de inventarios a su albacea, siendo nula y sin valor, por contraria a la ley, la cláusula testamentaria que asi lo pretendiera; que el mandato legal resultaría indirecta y virtualmente destruido si lo que no se permite el testador se concediera al heredero, esperando que facultativamente persiga en instancia judicial al albacea para que solo en esa forma le alcance aquella sanción: que todo ello tendería a equiparar una exigencia primordial y destacada de la ley con causales de remoción reunidas en el art. 837 del C.C. que afectan intereses netamente particulares, situación tanto más inaceptable al ser bien conocida la sujeción enque generalmente se encuentran los herederos con respecto al albacea, lo que dejaría en condición contingente cuando no negatoria, el propósito legislativo: y que en consecuencia, la justicia está impedida de reconocer —sea cual fuere la actitud de los interesados o herederos— derechos derivados del cargo de albacea que

legalmente no se ha desempeñado o que caducó por ministerio de la ley: nuestro voto es porque se declare infundada la demanda.— Zavala Loaiza.— Pastor.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 261.— Año 1938. Procede de Arequipa.

ANALES JUDICIALES.— 1971; p. 202

X,29) *El Albacea tiene la obligación de sostener la validez del testamento en el juicio de impugnación que se promoviere.*

RESOLUCION SUPREMA

Lima, once de agosto de mil novecientos setentiuno.

VISTOS: y Considerando: que, conforme al inciso sexto del artículo setecientos treinticuatro del Código Civil el albacea tiene obligación de sostener la validez del testamento en el juicio de impugnación que se promoviere; que en el caso de autos, no se ha dirigido la demanda contra la albacea doña Luisa Angélica Roose Campos de Coloma en su calidad de tal, sino simplemente como coheredera; que, en mérito a la obligación antedicha la albacea debe litigar por separado, sin someterse a la designación de apoderado común por la posibilidad de existir incompatiblidad en la defensa; que, a fojas trece, en el segundo otrosí, se han deducido expresamente las excepciones de falta de personería y de falta de título, lo que ha sido reiterado a fojas veintisiete; que, sin embargo, el auto de fojas diecinueve se ha pronunciado sólo sobre la primera de las excepciones indicadas, incurriéndose de esta manera en las causales de nulidad previstas en los incisos décimo-tercero y décimo, respectivamente, del artículo mil ochenticinco del Código de Procedimientos Civiles: declararon NULO el auto recurrido de fojas treintiuno, su fecha dieciocho de junio del año en curso; INSUBSISTENTE el epelado de foja anteriormente citada, fechado el veinte de mayo del presente año; NULO lo actuado; reponiéndose la causa al estado de notificarse con la demanda a la mencionada albacea; en los seguidos por doña Ana María Gonzales Elías y otra con don Guillermo Roose Campos y otros, sobre nulidad de testamento; y los devolvieron.— Ballón Landa.— León Montalbán.— Llosa Ricketts.— García Calderón.— Zaldívar La Torre.— Se

publicó conforme a ley.– Fausto Viale Salazar.– Secretario General.

Cuaderno No. 606.– Año 1971.

Procede de Lima.

R. de los T.– 1944; p. 461

X,30) *Es válido el pago de legado, en favor de un menor, hecho por el albacea al padre, si no existe contra éste decisión judicial que le suspenda o prive del ejercicio de la patria potestad.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña María Aurora Vega Fernández, demanda a don Alfredo Gálvez Vega, para que, como albacea que fue de doña Rosa Fernández de Gálvez, le entregue los soles 6,000.– que la testadora le legó en su testamento de 15 de Enero de 1926; adelantándose a afirmar que jamás ha estado en poder de su padre, don Enrique Vega, sino bajo la protección de su tío don Tomás Fernández; y el demandado, acompañando el testimonio de la escritura que corre a fjs. 2, deduce la excepción de inoficiosidad de la demanda, a fjs. 5 y que se declara fundada por auto de fjs. 10, pero fue revocado por el de fjs. 16, declarándose improcedente dicha excepción, sancionándose por la Ejecutoria Suprema corriente a fjs. 20; y contestándose la demanda a fjs. 25, se deduce la excepción de irresponsabilidad; recibiéndose la causa a prueba a fjs. 26, declarándose fundada la nulidad de las declaraciones a que se refiere el auto de fjs. 61, y resolviéndose por la sentencia de su vuelta, en el sentido de declararse infundada la demanda, y fundada la excepción propuesta.

Apelada ésta sentencia, a fjs. 65, el Tribunal Superior, por auto de fjs. 76, la revoca; declara fundada la demanda, e infundada la excepción planteada, y ordena que el albacea entregue el legado reclamado con sus intereses legales desde la fecha que entró a ejercer el cargo; con el voto discordante de fs. 77 por lo que origina recurso de nulidad de la parte demandada, concedida a fjs. 79.

Aparece del instrumento público, corriente a fjs. 2, que el legado, con que fue favorecida la demandante, por la testadora, le fue entregado, en Mayo

de 1928, al apoderado, especialmente designado, con ese objeto, por el padre de la demandante, don Enrique Vega G., quien ejercía la patria potestad, porque aquella era menor de edad, según lo demuestra la partida de fjs. 9, de la que resulta, que en esa fecha, tenía 7 años, aproximadamente.

La demandante sostiene, desde que inició su demanda, que jamás ha estado en poder de su padre; agregando, en el curso del juicio, que éste la abandonó, poco tiempo después de su nacimiento, incurriendo en pérdida de la patria potestad; pero todo ésto, no ha sido comprobado en la única forma que lo determina la ley, ya que la patria potestad sólo se pierde cuando así se declara en el juicio correspondiente; y consta, al contrario, de la escritura de fjs. 71, que don Enrique Vega, padre de la demandante María Aurora, en Abril 23 de 1924, dos años antes de cancelar el legado para ésta, obtenía autorización judicial para vender, en remate público, como lo hizo, en ejercicio de la patria potestad y administrador de los bienes de dicha menor y sus hermanos, las acciones que tenían en el inmueble a que se hace referencia en la escritura de dicha foja.

El Tribunal Superior, para patrocinar la acción y revocar la sentencia de Primera Instancia, considera, que el albacea, cuando el padre de la menor le solicitó la entrega del legado, antes de acceder a ello, debió concurrir al Juez respectivo, para que señalara la fecha y forma de la entrega, puesto que en la cláusula del testamento, se omitió determinar la forma de darle cumplimiento, citando, el art. 817 del C.C. derogado, pero que no es de aplicación, porque no se refiere a la entrega de los legados incondicionales como el que origina la demanda, sino a la ejecución de obras o negocios que encarga el testador, y que convierte al albacea, en mandatario especial.

El demandado cumplió, en su condición de albacea con la obligación que le impuso la testadora, al entregar, como lo hizo, al padre de la demandante, y su guardador, que ejercía la patria potestad, el legado que para ella dejó la testadora; y por ello, y porque no hay prueba de que la escritura en que se hace la cancelación, fuera simulada, es evidente que surte sus efectos legales; que ha quedado cumplida la obligación del albacea, y que es infundada la demanda; por todo lo que, y las legales y fundadas razones que la sentencia de Primera Instancia contiene, el Fiscal es de opinión que la Corte Suprema, debe declarar que HAY NULIDAD en la resolución de vista recurrida; reformándola, confirmar la de Primera Instancia, que la demanda desecha, y la excepción ampara.

Lima, 6 de Noviembre de 1944.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 20 de Noviembre de 1944.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declaron haber nulidad en la sentencia de vista de fojas setentiséis, su fecha trece de junio del presente año; reformándola confirmaron la de Primera Instancia de fs. sesentiuna vuelta su fecha trece de Setiembre del año anterior, que declara infundada la demanda sobre entrega de legado interpuesta por doña María Aurora Vega Fernández contra don Alfredo Gálvez Vega; con lo demás que contiene; y los devolvieron.— Señores: Valdivia.— Portocarrero.— Pastor.— Benavides Canseco.— Noriega.

Se publicó conforme a ley.

José Merino Reina. Secretario.

Causa No. 1006. Año 1944. Procede de Junín.

R. J. P.— 1954; p. 698

DIVISION Y PARTICION.— De frutos.

X,31). *El albacea no se encuentra obligado a distribuir entre los coherederos los frutos que hubieren producido los bienes que administra, mientras no se decida, en el juicio de cuentas respectivo, cuál es la cantidad que por concepto de frutos corresponde a los sucesores.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 551/53.— Procede de Ica.

Señor:

Por auto de fs. 161 se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por doña Jesús Castillo viuda de Bolívar contra la sentencia de vista de fs. 155 y fs. 156, en cuanto revocando la de Primera Instancia de fs. 130, declara sin lugar la demanda de fs. 9 respecto a la partición de los frutos.

La resolución expedida por la Corte Superior de Ica, la considero

arreglada a ley y al mérito del proceso. Aparece de autos y especialmente del testamento que en copia obra a fs. 3, otorgado por doña Carmen Bolívar Huamán Quevedo, en 12 de agosto de 1947, que doña Carmen Bolívar Huamán, hija de la testadora, fue nombrada albacea. Los bienes dejados por la citada causante y los que pertenecieron a don Pedro Bolívar han sido administrados por doña Carmen Bolívar Huamán en su condición de albacea testamentaria; pero como según el art. 746 del C.C. el albacea debe rendir cuenta documentada del albaceazgo y doña Carmen Bolívar no ha cumplido con esta obligación, es evidente que mientras no se precise en las cuentas que debe rendir la citada albacea, las deudas de la testamentaría y los gastos efectuados no se puede determinar el monto líquido de los frutos, que deben ser objeto de la partición, pues, de autos consta que doña Carmen Bolívar con los frutos de los bienes comunes, ha pagado deudas de la testamentaría y ha realizado gastos, que deben ser cubiertos proporcionalmente por todos los herederos, al hacerse la partición de los frutos, después que la albacea rinda las cuentas correspondientes. Los documentos de fs. 57 a fs. 71 demuestran la efectividad de parte de los gastos hechos por doña Carmen Bolívar en su condición de albacea, entre los que hay algunos de carácter preferencial. Además el dictamen pericial de fs. 36 no determina por no haberse considerado las sumas de dinero invertidas en los trabajos de cultivo de los terrenos sujetos a la administración, el importe de los frutos y por lo tanto carece de eficacia legal para acreditar el importe de los frutos, procediendo en consecuencia, declarar sin lugar la demanda de fs. 9, en cuanto a partición de los referidos frutos.

Por lo expuesto opino, que NO HAY NULIDAD en la sentencia de vista, en la parte materia del recurso.

Lima, 21 de setiembre de 1953.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, primero de abril de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento cincuentiséis, su fecha tres de julio último, en la parte materia del recurso, que revocando la apelada de fojas ciento treinta, su fecha dieciocho de julio de mil novecientos

cincuentidós, declara sin lugar la demanda de fojas nueve respecto a la partición de los frutos; con lo demás que contiene; en los seguidos por doña Jesús Castillo viuda de Bolívar, con doña Carmen Bolívar y otros, sobre división y partición; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– Sayán Alvarez.– Checa.– Maguiña Suero.– Valverde.– Lengua.– Se publicó. Dagoberto Ojeda del Arco, Secretario.

R. de los T.– 1946; p. 636

X,32) Caducado el albaceazgo, el albacea no puede ser demandado para el cumplimiento de las obligaciones de la institución.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Leocadia Flores vda. de Andrade, demanda, a don José Soto Pozo, en su condición de albacea de la Testamentaría del que fue esposo de la demandante, don Gregorio Andrade, para que le reintegre, los bienes que, dice, conserva el demandado en su poder, de propiedad de la Testamentaría; inclusive, los que le corresponden por gananciales, así como los que le ha dejado su esposo, como herencia, y el usufructo de ellos, indebidamente percibido por el demandado (fjs. 9). Soto contesta la demanda, a fs. 17, negando la responsabilidad que se le exige, y reconviniendo para que se le pague S/. 840, por gastos de funerales y otros de la Testamentaría, así como sus derechos de albaceazgo, y sustanciada la reconvención, se recibe la causa a prueba, a fjs. 18 vuelta; finalizándose el proceso, a fjs. 97, y expidiéndose la sentencia de fjs. 98, cuyo fallo declara fundada la demanda, y ordena que el demandado, entregue a la demandante lo exigido, a la vez que deniega la reconvención; y concedida a fjs. 11 vuelta la apelación interpuesta, el Tribunal Superior, revoca la apelada, a la vez que declara sin lugar la demanda, lo que origina recurso de nulidad de la demandante, concedido a fjs. 117.

Consta, a fjs. 5, que el testador, "para el cumplimiento de su última voluntad, nombra albacea, a don José Soto y Pozo", sin darle facultad ni comisión determinada, y el testamento se otorgó, en Noviembre de 1938,

falleciendo el testador en Diciembre del mismo año (fjs. 7), y por consiguiente, el ejercicio del albaceazgo, terminó, conforme a la ley, a los dos años, o sea en Diciembre del 40, y como la demanda es de Julio del 42, está dirigida contra quien no puede ser demandado, con el carácter con que se ha hecho, porque ya, en esa fecha, no era albacea. Además, conforme al artículo 737 del C.C., los albaceas no son personeros de la Testamentaría, para demandarlos como tales, por responsabilidades de la misma, y por tanto, se ha dirigido la demanda, contra el que no puede concurrir en juicio, a nombre de quien debe ser verdaderamente demandado, incurriéndose en la nulidad prevista, en el inciso 11 del artículo 1085 del C. de P. C.

Las partes están de acuerdo, y así aparece del testamento, que una de las beneficiadas con la herencia, es la esposa de don José Soto, el demandado; que aún no se ha partido la masa testamentaria, y por consiguiente, Soto, no posee a título de albacea, que ya no lo es, sino en representación de su esposa, como copropietaria de la herencia, y por consiguiente, mientras no se verifique la división y partición de la misma, y queden esclarecidos los derechos de la demandante, no tiene procedencia legal, la acción interpuesta, a menos, en la forma que se ha hecho, contra el albacea.

Por las consideraciones aducidas, conceptúa el Fiscal, que se ha incurrido en nulidad, al aceptar a sustanciación, una demanda contra quien no puede ser demandado, con el carácter que se ha hecho; y como sólo al demandado le permite la Ley reconvenir al demandante, no pudiéndolo ser, Soto, en la forma y condiciones que se ha hecho, no tiene carácter de demandado, y en tal condición, no puede reconvenir, concluyendo éste Ministerio, por opinar que la Corte Suprema debe declarar NULA la Resolución de Vista recurrida; INSUBSISTENTE la de Primera Instancia; y NULO todo lo actuado, desde fjs. 11 inclusive; dejar a salvo el derecho de la demandante, para que lo haga valer, en la forma legal correspondiente.

Lima, 27 de Diciembre de 1945.

Palacios

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 4 de Enero de 1946

Vistos; de conformidad con el Dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon NULA la sentencia de vista de fojas

ciento quince, su fecha veintiuno de Julio último, que declara sin lugar la demanda de doña Leocadia Flores Moreno, insubsistente la apelada de fojas noventiocho, su fecha once de Enero del año próximo pasado, y nulo todo lo actuado desde fojas once inclusive dejaron a salvo el derecho de la actora para que lo haga valer en la forma legal correspondiente y los devolvieron.

R. de los T.– Año 1938; p. 206

X,33) *El simple nombramiento de una persona como administrador de bienes comunes, no le obliga a rendir cuentas, si no se acredita que ejerció el cargo.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El recurrido declara la obligación de Pedro Buleje de rendir cuentas como administrador común de los bienes de la sucesión de Isaac Buleje.

Consta del acta de fs. 9 del expediente acompañado, que el 21 de enero de 1918 fue designado dicho Buleje como Administrador común. No consta de estos actuados que se hubiera hecho inventario de los bienes de la sucesión, ni que ellos se hubiera entregado al administrador.

Aun más, los dos copartícipes Epifanio y Angelino Buleje, que concurrieron por apoderado a la junta, y designaron como administrador a Pedro Buleje, han expuesto en el escrito de fs. 28 de esos mismos actuados, que el nombrado administrador no ejerció el cargo porque los bienes no le fueron entregados, y que todos los herederos de Isaac Buleje continuaron sin interrupción la posesión y goce de los bienes.

La demanda de Manuel J. Tueros para que Pedro Buleje rindiera cuentas como administrador judicial, fue contradicha por este, que negó haber administrado esos bienes.

Por lo mismo, la prueba de la afirmación que la demanda contiene, correspondía, conforme al precepto del art. 337 del C. de P. C., y a falta de esta, su demanda debe ser rechazada, por aplicación del art. 338 del Código citado.

La administración de bienes consiste en la práctica de una serie sucesiva

de actos tendientes a la conservación, recaudación y otros referentes al negocio, encomendado; el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley, como el inventario de los bienes puestos en administración en forma judicial, la rendición semestral de cuentas, y repartición de frutos.

Nada de esto ha intentado probar el demandante que considera bastante la designación, hecha por los interesados que han afirmado que fue nominal y no efectiva.

Por estos motivos, opino que: HAY NULIDAD en el recurrido, reformándolo y revocando el apelado, procede declarar sin lugar la demanda de rendición de cuentas.

Lima, abril 2 de 1938.

Muñoz

RESOLUCION SUPREMA

Lima, julio 13 de 1938

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 39 vta., su fecha 29 de abril del año pasado; reformándola y revocando la apelada de fs. 23, su fecha 31 de octubre de 1933, declararon infundada la demanda de fs. 1 interpuesta por el doctor Manuel F. Tueros, de la que absolvieron a don Pedro Buleje, sin costas; y los devolvieron. Quiroga.— Zavala Loaiza.— Cárdenas.— Ballón.— Velarde Alvarez.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V. Secretario.

Cuaderno No. 932.— Año 1937. Procede de Ica.

R. J. P.— 1956; p. 42

X, 34) *Doctrina: El albacea está obligado a entregar los bienes del testador a los herederos, al expirar el cargo que desempeña.*

Corte Suprema de la República.— Primera Sala. Causa No. 415. Año 1952. Cari Maita c. Aparicio.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En el presente juicio seguido por don Tomás Cari Maita y otro con don Donato Aparicio Páez sobre entrega de bienes, por auto de fs. 172 v. se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por el apoderado del demanado contra la sentencia de vista de fojas 171, que confirmando la de Primera Instancia de fs. 134 declara fundada en todas sus partes la demanda; con lo demás que contiene.

Con el testimonio de escritura de fs. una se ha acreditado que con fecha 29 de setiembre de 1932 don Ramón Cari encontrándose detenido en la cárcel de Azángaro otorgó testamento, en el cual declara tener tres hijos vivos llamados Tomás y Gregorio, menores de edad, y Gertrudes a los que deja los bienes que indica, instituyendo como albaceas a don Donato Aparicio Páez y a don Mariano R. Juárez para que hagan cumplir su disposición de última voluntad. Con la partida de fs. 4 se ha comprobado que el nombrado testador falleció el día 30 del mismo mes y año y que fue el demandado quien hizo sentar dicha defunción. Con el documento de fs. 54 reconocido por el segundo albacea a fs. 62, confesión de de fs. 61 v. y demás pruebas que obran en autos, se ha acreditado que en los primeros días del mes de octubre de 1932 el demandado, conjuntamente con don Mariano R. Juárez en ejercicio del cargo, se trasladaron a la estancia llamada Quisuyo-Llacchata-Ccamaqueña y recojieron las especies y ganado que se detalla en el inventario practicado, quedando en poder del primero todos los primeros y ganado que trasladó a la finca de su propiedad y asumió la administración de los bienes del que fue don Ramón Cari. Además, con la inspección ocular de fs. 55 se corrobora la prueba glosada y se acredita que el demandado Aparicio Páez se encuentra en posesión del fundo Quisuyo y como el albacea no ha acreditado las alegaciones formuladas, procede declarar fundada la demanda interpuesta por los hermanos Tomás y Gregorio Cari Maita. Las tachas formuladas contra los testigos de los demandantes por parte del demandado, no han sido probadas y deben por lo tanto, declararse sin lugar.

Por las consideraciones expuestas y por los fundamentos de la sentencia recurrida, opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en el fallo de vista, en la parte materia del recurso, salvo mejor parecer.

Lima, 15 de setiembre de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, quince de mayo de mil novecientos cincunetidós.

Vistos: de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento setentiuno, su fecha veinticinco de abril de mil novecientos cincuentidós, que confirmando la apelada de fojas ciento treinticuatro, su fecha veintitrés de Julio de mil novecientos cincuentiuno, declara fundada la demanda de fojas cinco y ordena, en consecuencia, que don Donato Aparicio Páez entregue a don Tomás y don Gregorio Acari Maita los terrenos materia del juicio; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Eguiguren.— Bustamante Cisneros.— Alva.— Garmendia.— Tello Vélez.

X. LOS EJECUTORES TESTAMENTARIOS

La ejecutoria X,1) del 6 de julio de 1940 resolvió que la obligación establecida en el inc. 6o. del Art. 734 debe entenderse con el criterio de que aquella se limita al supuesto de que la impugnación contra el testamento concernía a una sobre su falsedad o sobre no acato a las solemnidades requeridas. A la verdad esta interpretación restrictiva no resulta de la ley, y de ahi que Lanatta la considere injustificada (t II, p. 383) y no comprende una sobre contradicción a las disposiciones del testador, en lo que intrínsecamente éste hubiera determinado.

En la ejecutoria X,7) de 8 de Julio de 1948 se resuelve que la demanda de nulidad del testamento debe entenderse con el albacea, en mérito del inc. 6o. del art. 734 (a que se remite el art. 737) sin que aparezca la interpretación limitativa o restrictiva de la ejecutoria IX,1); pareciéndonos a nosotros que este criterio es preferible, pues se ajusta a los términos del art. 737, que habla en general de impugnación del testamento.

Por lo demás en la ejecutoria X,10) de 26 de Agosto de 1954, se resolvió acerca de una acción de nulidad de testamento, basada según se colige de la Vista Fiscal, en la causal del art. 753, pues el demandante se presentó

con el carácter de hermano uterino del testador, quien distribuyó todos sus bienes en legados; sentenciándose que además del albacea, que conforme al inc. 6o. del art. 734 debe sostener la validez del testamento en el juicio de impugnación que se promoviere, deben también ser citados los legatarios favorecidos por los legados en el testamento impugnado.

La ejecutoria X,2) de 26 de Mayo de 1947, sienta por la generalidad de los términos que aparecen en la sumilla respectiva, una tesis que parece errónea y peligrosa. Conforme a esa ejecutoria si el albacea no pagó a los herederos del testador lo que debía pagarles (por un crédito a favor de la testamentaría), procede el cobro por el monto de ese crédito contra los herederos del albacea. Hasta allí nada hay que criticar. Pero la ejecutoria otorga al cobro de ese crédito por los herederos del testador contra el albacea (representando por causa de la muerte de éste, por sus herederos), una preferencia que parece absoluta sobre cualesquiera otros créditos en favor de terceros (acreedores así de la herencia, es decir por deudas de ésta en favor de tales acreedores). La Vista Fiscal dice, en efecto, en atinencia a esa preferencia que refiriéndose a la sentencia de segunda instancia, sobre la que se declaró no haber nulidad, que "los créditos de los hermanos Cabrejos Pastor (los herederos del testador en el caso juzgado) serán pagados de preferencia a los de don Augusto Salcedo y demás acreedores". Esto se choca con el principio substancial de que "donde hay deudas, no hay herencia". Es un principio irrecusable, pues si no resultaría que el heredero se beneficiaría indebidamente, no respondiendo de las deudas de la herencia, contra lo indicado en el art. 658. Desde el Digesto se consagró el principio de *venisse ad heredem nihil intelligitur, nise deducto aere alino.*

Lo resuelto en la ejecutoria X,3) de 28 de junio de 1940 es acertado, en cuanto no impone obligación al albacea para responder en juicio por demandas entabladas contra la sucesión por tercero, ya que la *legitimatio ad procesum* sobre el particular se concreta a los casos indicados en el art. 737, que por lo demás no se cita en la ejecutoria, habiendo debido hacerlo. El albaceazgo importa un tipo especial de mandato. Por ello el albacea no tiene más representación que la que resulta de los arts. 734, 735, 736 y 737, que es el que interesa para el caso presente analizado.

De acuerdo a lo antes expresado, es digno de destacar la ejecutoria X,4) y X,5), de 4 de Enero de 1946 y 7 de julio de 1961, respectivamente.

La ejecutoria X,6) y X,9) de 8 de Noviembre de 1941 y 27 de

Diciembre de 1941, se adecúan a lo previsto en elart. 737, pues lo referente a pactar arrendamientos o acciones por aviso de despedida, desahucuio y pago de arrendamientos importan actos de administración, sobre lo que en mérito del art. 737 y el inc. 4o. del art. 734 el albacea tiene la respectiva *legitimatio ad processum*. En las ejecutorias citadas se resolvio sobre funciones inherentes a la administración propia del albacea (Lanatta. II, p. 387).

La atribuciones del ejecutor testamentario aparecen en el art. 734, a las que hay que agregar la de cumplir con los encargos que le haya encomendado el testador, lo que se consideraría de *jure condendo* dentro del art. 734, mas apareciendo esa atribución en el art. 737 expresamente. El encargo debe ser determinantemente expresado, o sea que no rebase las atribuciones que forman el ámbito del art. 735. Desde tal punto de vista es digno de atender a la ejecutoria X,8) del 11 de Diciembre de 1951, que declaró que el albacea no tiene la facultad para enajenar un bien del testador si no se concedió expresamente y determinantemente esa facultad.

La ejecutoria X,11) de 10 de Noviembre de 1945 resolvió el caso referente a una exigencia de pago de un legado por la cantidad de veinte mil soles oro contra el ejecutor testamentario. La ejecutoria declaró infundada la demanda, pues el legado fur establecido indicándose como se debía pagar ese legado, por el heredero legal universal. La ejecutoria estuvo acertada, pues el legatarrio esta obligado a cumplir con los legados, en general que instituye el testador coligiéndose que no lo está, por lo mismo, en el caso particular de un legado específico, cuando se haya encomiendado al heredero universal del causante ese pago. Una cuestión en tal sentido se encuentra prevista en el art. 863 del Código Civil español. La ejecutoria aplicó bien pues el inc. 50. del art. 734, en cuanto ha de entenderse que el albacea no está obligado a cumplir un encargo que en especial fue encomendado a persona distinta, como es el heredero.

La ejecutoria X,16) de 23 de Abril de 1951, declaró que es procedente la remoción del albacea, por las motivaciones que expone la Vista Fiscal. La remoción halla asidero en lo dispuesto en el art. 743 (por error se cita el art. 713) y en el inc. 4o. del art. 734 (por error se cita el inc. 3o.). Esas motivaciones, en efecto, parecen que tuvieron la gravedad suficiente para la remoción. El albacea es un mandatario y como tal se halla sujeto al cumplimiento de sus deberes inherentes al cargo, de modo que cabe aplicar

aquí la regla en general establecida para el mandato: *voluntatis est suscipere mandatum, necessitatis consummare.*

La ejecutoria X,15) de 29 de Mayo de 1952, plantea una delicada cuestión. En un testamento se designó albacea sin fijarse plazo determinado, *"sine dies ad quem certum"*, para el término del albaceazgo, ya que se dijo que éste se ejercería por todo el tiempo que fuere necesario. La ejecutoria sobre la base de esta circunstancia declara infundada la demanda en que se solicitó por los herederos del *de cujus* la cesación en el cargo, por habserse sobrepasado el plazo de dos años que señala el art. 740, y además, estando a la vista fiscal, por haberse llenado las funciones prescritas a los albaceas en el art. 734. El punto de vista de la ejecutoria es uno que no debe prevalecer. El albacea puede ser designado para que ejerza el cargo durante un plazo, que será el fijado en el testamento y si no será el plazo legal supletorio de dos años (art. 740). En el caso anterior no se determinó ningún plazo rijo, como *dies certum quando*, pues al decirse que el albaceazgo se prolongaría por todo el tiempo que fuera necesario (se entiende para el cumplimiento de las obligaciones previstas en el art. 734), se estaba estableciendo un plazo indeterminado, un *dies incertum quando*. Esto no puede ser el espíritu de la ley, del art. 740. Lo que ésta permite es que se fije un plazo mayor al de dos años, pero que se fije determinativamente el *dies ad quem* respectivo. De otro modo podría resultar una prolongación excesivamente injustificada en el ejercicio del cargo, en daño de los herederos. Con tanto mayor razón en el presente caso debe considerarse que se había producido la conclusión del albaceazgo si había el albacea cumplido con los encargos fundamentales objeto de la indicación del art. 734, según lo expresa la Vista Fiscal, no siendo el caso de un encargo especial a que se refiere el art. 740, sino el caso de las funciones generales propias del ejecutor testamentario, que son precisamente las consideradas en el art. 734, pues es evidente que llenadas estas funciones no tiene razón de ser la subsistencia del cargo, por carecer de objeto, la subsistencia del cargo.

La ejecutoria X,26) del 30 de Noviembre de 1949 formula un criterio certero en lo que hace a la terminación del albaceazgo, en cuanto destaca que si no se fijó el plazo en el testamento (mayor o menor) a dos años, este plazo de dos años es legal, de carácter resolutivo, poniendo fin al mandato testamentario.

La ejecutoria X,28) de 7 de junio de 1940, resolvió que un albacea que

no había cumplido con la obligación de hacer inventario (inc. 3o. del art. 814 del Código anterior; inc. 3o., del art. 734 del actual), habiendo ejercido las demás funciones y completado así lo referente a dicho ejercicio, tenía derecho a la retribución respectiva (art. 741) del Código actual (830, del anterior), no siendo procedente la alegación en contrario para negarle ese derecho, basada en lo que indica el art. 823 del Código anterior (art. 738 del actual), sobre la cesación del cargo por no haber cumplido con la facción de inventario. La falta antes indicada es causal de caducidad del cargo, es decir, origina la remoción respectiva. Sin embargo, puede entenderse el mandato legal del art. 738 del Código actual (art. 823 del anterior que es aplicable en el asunto "*sub lite*"), en el sentido de que el supuesto considerado no funciona automáticamente para causar la extinción del cargo de albacea, pero sí de derecho para que los herederos soliciten la remoción del albacea. Esto no ocurrió. El albacea cumplió con los encargos respectivos (salvo la facción de inventarios) y habiéndose vencido el plazo terminó en el cargo. No se utilizó el pedido de remoción oportunamente, mientras duró el cargo. Ya no cabía invocar una remoción tardía, extemporánea; por lo tanto el albacea designado mantuvo y actuó con este carácter hasta el término del albaceazgo, por lo que se declaró que tenía derecho a la retribución respectiva (art. 830 del Código anterior; 741 del actual). La resolución nos parece justa, en cuanto a la interpretación de que la cesación en el cargo no se produce automáticamente, sino que es causal para solicitar la remoción del albacea, que no ocurrió en el asunto del juzgamiento.

En relación al punto tratado en la ejecutoria anterior, cabe acotar que la ejecutoria X,20) de 14 de julio de 1969 y X,18) de 14 de noviembre 1963, aplicaron correctamente el art. 738, en cuanto a que se podía solicitar judicialmente la remoción del albacea en funciones, por no haber cumplido con hacer inventario judicial de los bienes del testador.

XI

REVOCACION, CADUCIDAD Y NULIDAD DE TESTAMENTOS

XI,1) Nulidad de cláusulas testamentarias que perjudican el derecho de los herederos legítimos.

Recurso de nulidad interpuesto por doña Eduviges Núñez, en la causa que sigue con doña María Ballón, sobre reivindicación.– Procede de Arequipa.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña María Ballón, cuyos derechos patrimoniales mencionados en el testamento de don Indalecio Núñez han sido contradichos por una de las herederas de éste en su demanda de fs. 1, no ha probado que los bienes inmuebles que el testador declara como de propiedad de aquella, hayan sido adquiridos con dinero de la misma.

La Ballón ha hecho vida marital con Núñez, estando éste casado con doña Laura Tumba, lo que explica la razón de ser de esas declaraciones testamentarias que contienen hechos falsos, o, por lo menos, sin comprobación legal.

Hay nulidad en parte en la sentencia recurrida. Doña Eduviges Núñez ha acreditado, también, en parte, su acción. En consecuencia, doña María Ballón debe devolverle, con sus frutos desde la citación, los bienes enumerados en los recursos de fs. 1 y fs. 2, con excepción de los abarrotes existentes en la casa de la plaza de Cabanillas, que, según la cláusula 12 del testamento, han sido legados a distinta persona. No hay nulidad en lo demás que dicha sentencia contiene.

Lima, junio 4 de 1938.

Araujo Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 7 de enero de 1939.

Vistos: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce; y considerando además: que el juicio versa

únicamente sobre la propiedad de la finca rústica Jayuni, compuesta de cinco estancias, y de la casa de Cabanillas, con su menaje y existencias, que el finado don Indalecio Núñez compró y ha declarado después haberlo hecho con dinero de su concubina doña María Ballón, en quien tuvo varios hijos; que la prueba actuada convence de que, cuando la demandada fue a vivir a casa de Núñez en el año de 1905, carecía de bienes propios; que Núñez compró la casa de Cabanillas en agosto de 1908, y dos terceras partes de la hacienda Jayuni en abril de 1917, habiendo comprado la otra tercera doña María Ballón, en su nombre, en setiembre de 1923, en cuyo acto declaró la compradora que la mitad del precio de 1,500 soles, que había satisfecho, era dinero perteneciente a sus cinco hijos que nombra y que lo eran también de Núñez; que en la escritura pública de 10 de mayo de 1917, de fs. 90, declaró Núñez que el precio que había pagado 9 años antes por la mencionada casa de Cabanillas, así como las mejoras en ellas introducidas y todo el menaje que allí se encontraba, procedía de dinero que la Ballón le había suministrado, por lo que le transfería la propiedad de estos bienes, declarando la Ballón que la mitad de este dinero pertenecía a sus menores hijos, y que era condición del contrato que el padre de estos gozara, durante sus días, del usufructo de los mismos bienes; que los términos de estos instrumentos revelan por si solos la falsedad del acto que contienen; que, don Indalecio Núñez en su testamento de primero de agosto de 1930, corriente a fs. 107, declara que en 1893 contrajo segundas nupcias con doña Laura Tumba, de quien esta separado, y que aun vive, y expone en cuanto a sus bienes, que todos los que adquirió durante este matrimonio, los compró con dinero de la Ballón y que el que le proporcionó para la adquisición de Jayuni, provino de la remuneración de 500 a 600 soles anuales que él pagó constantemente en el tiempo en que el prestó sus servicios; repitiendo que la casa de Cabanillas y su menaje pertenecen también a la Ballón; que estas inverosímiles declaraciones tienden manifiestamente a menoscabar el haber de las dos hijas legítimas del testador, habidas en su primer matrimonio, a quienes instituye herederas; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 213, su fecha 26 de mayo de 1937, en cuanto confirmando la de primera instancia de fs. 172, su fecha 27 de diciembre de 1935, declara infundada en todas sus partes la demanda de fs. 1: reformando la primera ,y revocando la segunda, declararon que la finca Jayuni, con las estancias indicadas en la demanda, y la casa de Cabanillas, y su menaje, excepción hecha de los abarrotes en ella existentes,

pertenecen a la sucesión de don Indalecio Núñez; que, por consiguiente, doña María Ballón se halla obligada a entregar a doña Eduviges Núñez los expresados bienes, con los frutos de Jayuni desde la fecha de la citación con la demanda, y que son nulas las escrituras de mayo de 1917 y setiembre de 1933, así como el testamento mencionado, en cuanto se refieren a la propiedad de dichos bienes; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista con los demás que contiene; sin costas; y los devolvieron.

Barreto.– Zavala Loaiza.– Cárdenas.– Ballón. Velarde Alvarez.

Se publicó conforme a ley. M. Arnillas O. de V., Secretario. Cuaderno No. 935.– Año 1937.

R. J. P.– 1971, p. 387

XI,2) *1.– La fe notarial sobre la libertad, capacidad y conocimiento de los otorgantes de las escrituras públicas, solamente puede ser desvirtuada por el mérito de pruebas de certeza absoluta.*

2.– El testador no puede preterir al hijo adoptivo que le sobrevive, ni revocar la adopción por declaración de última voluntad.

3.– Caduca el testamento en la parte que daña los derechos hereditarios del hijo adoptivo que no fue expresa y formalmente desheredado.

RESOLUCION SUPREMA

Exp. No. 1717/70.– Procede del Cuzco.

Lima, veintiocho de diciembre de mil novecientos setenta.

Vistos; por los fundamentos pertinentes de las sentencias inferiores; y CONSIDERANDO: Que, la fe notarial sobre la capacidad, libertad y conocimiento con que proceden los otorgantes de las escrituras públicas, puesta en la introducción de las mismas, de acuerdo con el artículo cuarentidós y sus referidos de la ley de Notariado, no puede ser desvirtuada sino por el mérito de prueba formal y sustancialmente idónea para formar plena certeza del Juez; y que, aparte de que en el caso sub-litis no existen elementos bastantes para formar certidumbre sobre la intimidación, coacción o engaño empleados sobre la testadora para obligarla a otorgar el testamento

por escritura pública impugnado, tampoco ha podido demostrarse que en dicha época hubiere adolecido de enfermedad mental con privación del discernimiento, ya que tanto la prueba oral como el certificado médico de fojas doscientos sesentisiete ofrecidos con ese objeto no bastan para formar criterio por la naturaleza misma de los hechos a que se refieren, amén de su saltante vaguedad; que, en cambio, y estando plenamente acreditado con el testimonio de fojas trescientos cincuenta que en setiembre de mil novecientos cuarenta la testadora doña Sara Dominga Carrillo Rosell adoptó como hija a la entonces menor Lidia Aurora Gamarra Carrillo, sin que conste que tal adopción hubiera sido judicialmente revocada conforme al artículo trescientos del Código Civil y sin que aparezca del propio testamento que se le haya desheredado de acuerdo con el numeral setecientos trece del acotado, resulta irremisiblemente inválida la cláusula testamentaria por la que la adoptante desconoce e implícitamente se retracta de la adopción, como igualmente deviene caduco el testamento sub-litis en cuanto daña los derechos hereditarios de la hija adoptiva preterida por aplicación de los artículos trescientos treintidós, trescientos treintiocho, setecientos, setecientos cincuentitrés y setecientos sesenta del Código material ya citado; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas quinientos veintiocho, su fecha dieciséis de setiembre último, en la parte que confirmando la apelada de fojas cuatrocientos noventiuno, su fecha veintitrés de marzo anterior, declara fundadas en todos sus extremos las demandas acumuladas de fojas dos y treintiocho; y NULO, en consecuencia, el testamento otorgado por doña Sara Dominga Carrillo Rosell por escritura pública de catorce de julio de mil novecientos sesentidós ante el notario público del Cuzco don Hilario Galindo; reformando la primera y revocando la segunda en ese aspecto; declararon fundada sólo en parte las referidas demandas y, en consecuencia, que es nulo el testamento sub-materia solamente en cuanto se desconoce por la testadora la adopción hecha en favor de la demandante doña Aurora Gamarra Carrillo; y caduco en cuanto daña los derechos hereditarios de la precitada hija adoptiva; subsistiendo en todo lo demás; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; en los seguidos por doña Julia Carrillo de Gamarra y otra con doña Hortencia Carrillo K. de Febres y otros; y los devolvieron.— Ponce Mendoza.— Alzamora Valdez.— León Montalbán.— Llosa Ricketts.— García Calderón.— Se publicó conforme a ley.— Ricardo La Hoz Lora. Secretario General.

R. J. P.– 1967; p. 203

Pretericion de la esposa.– Matrimonio religioso contraiído durante la vigencia del Código Civil de 1852.

XI,3) *1.– El matrimonio religioso contraído "in artículo mortis" durante la vigencia del Código Civil de 1852, aún cuando no fuera inscrito oportunamente en el Registro respectivo, produce efectos civiles entre los cónyuges.*

2.– La filiación de los hijos habidos en un matrimonio religioso no inscrito en los Registros Civiles, es la de legítimos.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 638/66.– 1ra. Sala.– Procede de Lambayeque.

Señor:

Doña Genara Maco Vda. de Mena, demanda en la vía ordinaria la nulidad del testamento que otorgó su esposo don Arturo Mena el 14 de agosto de 1952, en cuanto la ha excluído como heredera y en cuanto considera a sus hijos David, Hilda Rosa y Genaro Mena Maco como hijos ilegítimos, en vez de legítimos, ya que fueron habidos en el matrimonio. Dirigida la demanda únicamente contra el Albacea, se entendió después el juicio con todos los herederos del citado Arturo Mena, cumpliéndose lo resuelto en la ejecutoria Suprema de fs. 57. La actora presenta a fs. 1, la partida de su matrimonio religioso que se realizó "in artículo mortis" en la Parroquia de Ferreñafe el 6 de setiembre de 1905, y a fs. 2, 3 y 4 presenta las partidas de nacimiento de sus tres hijos antes mencionados, que fueron declarados por el propio don Arturo Mena, en los años 1907, 1909 y 1914, afirmando que eran hijos legítimos de su matrimonio con doña Genara Maco.

Según aparece del testamento de Arturo Mena, copiado a fs. 37, éste declara que nunca ha sido casado, que Genara Maco fue sólo su conviviente y jura en la cláusula tercera haber permanecido soltero. Declara como sus únicos herederos a los tres hijos habidos en Genara Maco que le sobreviven, o sea, Genara, Hilda y David, y otros dos Manuel y Octavio habidos en doña Prudencia Suppo, otros dos Gavino y Gerardo habidos en doña Manuela Arenas, y tres María Mercedes, Blanca Rense y Héctor Hugo habidos con doña Rosaura Tantarico, mejorando a los tres últimos con cuya madre convivía al otorgar el testamento.

Los tres primeros, o sea los hijos de la actora se han allanado a la demanda, fs. 82 y fs. 84. De los siete herederos restantes sólo una María Mercedes Mena Tantarico contradice la acción a fs. 71, siendo después admitida como apoderada de sus hermanos Blanca y Héctor a fs. 95, y nombrada apoderada común de los otros cuatro herederos los dos Mena Suppo y los dos Mena Arenas fs. 109, reiterando a fs. 131 su contradicción a la demanda, haciendo presente que según certificación del Notario Eclesiástico corriente a fs. 31 don Arturo Menza inició juicio de nulidad de su matrimonio religioso, ante el fuero Eclesiástico, el 19 de enero de 1943, y, además, que la demandante doña Genara Maco no tenía ningún derecho como esposa, por haber cometido adulterio con don Alejandro Martínez, de quien tuvo dos hijos cuyas partidas de nacimiento afirma no poder presentar por ignorar donde se encuentran, pero sí acompaña las partidas de defunción de los dos hijos a fs. 129 y fs. 130, según las cuales doña Genara Maco los concibió en los años 1915 y 1919. La actora no ha hecho comentario alguno a esta impugnación.

La sentencia de primera instancia de fs. 134, declara infundada la demanda por considerar que el matrimonio in extremis no era admitido en el Código de 1852, cuyo art. 133 exigía, por lo contrario, una clara manifestación del consentimiento para contraer matrimonio, y que la falta de voluntad estaba confirmada con la declaración testamentaria y el juicio de nulidad planteado por Arturo Mena. Apelada la sentencia por el apoderado de la demandante, a lo que se adhirió la apoderada de los demandados en cuanto a la exoneración de costas; ha sido revocada por la Corte Superior de Lambayeque a fs. 187, declarándose fundada la demanda tanto en lo que se refiere a la nulidad de las cláusulas del testamento que preterían a la actora negándole la condición de cónyuge, como a las que calificaban de hijos naturales a los tres Mena Maco a los que se considera hijos legítimos. La apoderada de los demandados interpone recurso de nulidad, al que se adhiere la contraria a fs. 214 en cuanto a la exoneración de costas.

Aunque la partida parroquial de fs. 1 acredita el hecho del matrimonio por constituir prueba plena según el inciso 3o. del art. 400 del C. de P.C., y el matrimonio debe reputarse válido desde el momento que está extendida la partida por la Autoridad Eclesiástica, no cabe que uno de los cónyuges reclame efectos civiles derivados de dicho matrimonio mientras que no acredite su inscripción en el Registro Civil, porque así lo disponía en forma

expresa el art. 443 del Código del año 1852. La omisión de la inscripción del matrimonio religioso no implicaba la nulidad del acto, pero sí privaba a los cónyuges de los efectos civiles de su estado. La sanción no era exagerada, dado que las formalidades que se exigían para la inscripción por el art. 441 eran muy simples y si se vencía el término normal para la inscripción, se reparaba la omisión mediante los trámites pertinentes del Código de Procedimientos Civiles. La sanción resultaba así meramente suspensiva. Esta dirección legal no ha sido desconocida en el nuevo Código Civil, que en su art. 1827 dispone que sólo acreditándose la inexistencia de los Registros de Estado Civil procede dar el mismo valor a las partidas de los registros parroquiales que la partidas civiles. Vale decir que si se pudo inscribir el matrimonio religioso, y se omitió hacerlo, tal matrimonio, en la relación entre los cónyuges, no porduce efectos civiles, por aplicación del art. 443 del Código anterior.

En cuanto al carácter de la filiación de los hijos habidos en un matrimonio religioso no inscrito en los Registros Civiles, debe sotenerse que es el de hijos legítimos, pues la partida del matrimonio religioso prueba plenamente el hecho del matrimonio y además si los hijos son inscritos en el Registro de Nacimientos como hijos legítimos, lo que sucedió en este caso, partidas de fs. 2, 3 y 4, el artículo 229 del Código de 1852, disponía que "la filiación de los hijos legítimos se prueba con la correspondiente partida de registro de nacidos". Y es que la suspensión de los efectos civiles entretanto no se inscribe un matrimonio religioso, se refiere a las relaciones nentre los cónyuges, entre otros efectos la sociedad legal de gananciales, el derecho de sucesión, pero no a los efectos para la prole, pues los hijos nacen con el carácter de legítimos.

Por esas consideraciones, debe declararse HABER NULIDAD en la resolución de vista en cuanto revocando la de primera instancia declara fundada la demanda para que se reconozca a doña Genera Maco, derechos en la herencia de don Arturo Mena, y reformándola confirmar la de primera instancia que declara infundado dicho extremo de la demanda y NO HABER NULIDAD en la citada resolución de vista en cuanto declara que Genera, Hilda y Davida Mena Maco, tienen el carácter de hijos legítimos y no naturales; con lo demás que contiene.

Lima, 14 de octubre de 1966.

Navarro Irvine.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, cuatro de noviembre de mil novecientos sesentiséis.

Vistos: de conformidad en parte con lo dictaminado por el Ministerio Público: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento ochentisiete, su fecha trece de julio del presente año, que revocando la apelada de fojas ciento treinticuatro, su fecha quince de mayo de mil novecientos sesentiuno, declara fundada la demanda de nulidad de testamento interpuesto a fojas ocho por doña Genara Maco viuda de Mena contra doña María Mena Tantarico y otros; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a las partes que lo interpusieron; y los devolvieron.— Maguiña Suero.— García Rada.— Alarcón.— Peral.— Se publicó.— Lizandro Tudela Valderrama.— Secretario.

R. J. P.— 1966; p. 544

HERENCIA TESTAMENTARIA.— Preterición parcial

XI,4) *Es nula la cláusula de un testamento en la que se distribuyen los bienes del causante en forma desproporcionada entre sus herederos, sin mejorar a ninguno de ellos ni adjudicarles el tercio de libre disposición.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 787/65.— 1a. Sala.— Procede de Cajamarca.

Señor:

Don Apolinario Silva Rojas, casó dos veces: la primera con doña María Concepción Chávez, con quien procreó a doña Adelaida Silva Chávez; y la segunda con doña María Cachay Gonzales, con quien procrearon a doña Irene, don Marcelino, doña Andrea y doña Balbina Silva Cachay. Por su testamento de 23 de abril de 1957, instituyó como sus herederos a sus nombrados hijos, enumerando los diversos bienes que había adquirido por herencia de sus padres, fs. 56. En la cláusula 5a. de esa disposición de última voluntad, establece que deja el terreno Cerro Grande, con su caista a su hija del primer matrimonio doña Adelaida Silva Chávez.

Doña Adelaida Silva, un año después de la muerte de su padre,

interpone demanda contra sus coherederos, sobre nulidad de esa cláusula quinta, que constituye, casi una desheredación, dado que hay enorme desproporción entre lo que ha asignado a sus hijos del segundo matrimonio y lo que vale el terreno Cerro Grande. Invoca, erróneamente, la disposición del art. 755 del C.C.

Los demandados, purgando la rebeldía, contestando la demanda, la contradicen, sosteniendo que su finado padre no ha incurrido en ninguna de las cláusulas de nulidad a que se refiere los arts. 1123 y 1125 del C.C.; que tampoco la nulidad demandada se encuentra en ninguno de los casos permitidos por los arts. 752 y 753 del mismo Código. Deduce la excepción de prescripción de la acción a tenor de lo dispuesto en el inc. 3o. del art. 1168 del C.C. A fs. 22 se contesta en forma negativa la excepción.

La sentencia recurrida, confirmando en una parte y revocando en otra la de primera instancia ha declarado fundada en parte la demanda, declarando nula la cláusula 5a. del testamento de don Apolinar Silva, ordenando que su herencia corresponde a sus cuatro hijos legítimos, por iguales partes; y que es infundada la excepción de prescripción.

La pericia de fs. 33 establece que el valor de los bienes que constituyen la herencia de don Apolinar Silva, asciende a la cantidad de S/. 223,800.45. La parte asignada a la actora doña Silva, llega apenas a la suma de S/. 5,334.00. Si el testador al distribuir sus bienes a los hijos no lo ha hecho en concepto mejora, ni de tomar el tercio de libre disposición, es evidente que se ha incurrido en la preterición, en parte, de que se ocupa el art. 753 del C.C. Los bienes, según manifiesta el testador, y no se ha producido prueba en contrario, son propios del mismo, de tal modo que todos los hijos tienen derecho a participar en la herencia del padre, en la misma proporción. La sentencia recurrida, restablece el imperio de la justicia, olvidada por el testador, sin que la disposición invocada pueda fundamentar la excepción de prescripción, para detener la acción de la hija perjudicada porque no es pertinente.

NO HAY NULIDAD. Lima, 1o. de diciembre de 1965. Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dieciséis de diciembre de mil novecientos sesenticinco.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO

HABER, NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cien, su fecha nueve de setiembre del presente año, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas sesentitrés, su fecha doce de enero del mismo año, declara fundada en parte la demanda de nulidad parcial de testamento interpuesta a fojas cuatro por doña Adelaida Silva Chávez, contra don Marcelino Silva Chávez y otros; con lo demás que contiene; condenaron en las constas del recurso a la partes que lo interpusieron; y los devolvieron.— MAGUIÑA SUERO.— EGUREN.— CARRANZA.— VASQUEZ DE VELASCO.— ROALDAN.— Se publicó.— Lizandro Tudela Valderrama.— Secretario.

ANALES JUDICIALES.— 1964; p. 82

XI,5) *Las sentencias de divorcio dictadas en el extranjero, por estatuir relaciones de familia de peruanos no tienen fuerza en la República, ya que no pueden ser homologadas por impedirlo el Art. 1158 del C. de P.C.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Cuarto Juzgado en lo Civil de Lima, por sentencia de fs. 118, ha declarado improcedente la demanda interpuesta por doña Mercedes Parra del Riego de Gibson con doña Marga Tittell y otros, sobre nulidad de testamento. Apelada dicha sentencia, el Tribunal Superior, por la fe vista de fs. 158, la confirmó. Contra esta resolución, se ha interpuesto recurso de nulidad.

De lo actuado aparece que, por recurso de fs. 3 interpone demanda doña Mercedes Parra del Riego de Gibson contra doña Marga Tittell y contra sus hijos. Percy, Doris, Jorge, Mercedes, Marcela, Martha, Anita y Rosario Gibson Parra, así como contra los Albaceas Testamentarios, Carlos Gibson Lira y Julio C. Zuzunaga, para que se declare, la nulidad del testamento otorgado, por el que fue, su finado esposo, don Percy Gibson Moller, en la ciudad de Cuernavaca, Estado del Morelos, Méjico, el 12 de julio de 1956, en razón de que, su causante, en dicho testamento instituye como su heredera, a la demandada, Marga Titell, a quien llama de Gibson, en concurrencia con los hijos de la demandante, dándole la calidad de segunda esposa a la nombrada demandada, siendo así que, el matrimonio celebrado por la actora con el testador, no fue declarado nulo ni disuelto por

divorcio, y que, por consiguiente, conforme a la ley peruana, le correspondía heredar una parte igual de la que corresponde a cada hijo legítimo. El Albacea Testamentario, doctor Zuzunaga, por su recurso de fs. 7 y el apoderado de doña Marga Tittell de Gibson, por su recurso de fs. 19, niegan la demanda, en todos sus extremos. Por recurso de fs. 15, don Percy Gibson Parra y por el de fs, 28, doña Martha Gibson Parra y otros, se allanan a la demanda. Apreciando la prueba actuada en este proceso y, teniendo en consideración el mérito que arrojan los autos, seguidos por doña Mercedes Parra del Riego con don Percy Gibson, sobre alimentos y los seguidos por la misma actora sobre inventario de bienes, que se tienen a la vista, es de advertir que, el testamento otorgado por don Percy Gibson Moller, que en copia certificada corre a fs. 79 vta., señala como segunda esposa, del causante, a la demandada Marga Tittell, a quien la instituye, también, como su heredera, y esta afirmación del matrimonio celebrado con la demandada Tittell, se halla comprobada con la partida de fs. 114 y explicada con el mérito de la copia certificada de fs. 101, con la cual se acredita el divorcio previo del causante. Por consiguiente, mientras no se haya declarado la nulidad del segundo matrimonio, el testamento conserva su vigencia, ya que ha sido otorgado, observándose las formalidades de la ley. Y, a mayor abundamiento, la petición que contiene la demanda de fs. 3, en realidad, importa una caducidad del testamento, ya que la actora se considera preterida en la masa hereditaria.

Por tales razones, este Ministerio, es de opinión que, se declare, NO HABER NULIDAD, en el fallo recurrido que, confirmando la apelada, declara improcedente la demanda de fs. 3, interpuesta por doña Mercedes Parra del Riego, sobre nulidad de testamento.

Lima, 23 de setiembre de 1964.

Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, once de diciembre de mil novecientos sesenticuatro.

Vistos; co nlo expuesto por el señor Fiscal; Considerando: que la partida de los Registros Parroquiales que en copia certificada corre a fojas veintisiete, correspondiente al matrimonio contraído por don Jorge Antonio Percy Gibson con doña Mercedes Parra del Riego, bajo la vigencia del Código Civl derogado, conserva su eficacia de acuerdo con lo prescrito en la segunda

parte del artículo mil ochocientos veintisiete, del actual; que ese matrimonio no ha sido disuelto, desde que el divorcio dictado por la Corte del Octavo Distrito Judicial del Estado de Nevada, de los Estados Unidos de Norte América, cuya copia certificada obra a fojas ciento uno, no tiene fuerza en la República como lo preceptúa el artículo mil ciento cincuentiocho del Código de Procedimientos Civiles porque estatuye sobre relaciones de familia de peruanos; que en tal situación, sería nulo el matrimonio contraído por el mencionado Gibson con doña Marga Tittell en el Estado de Nevada e inscrito en los Registros de Estado Civil, como es de verse de la copia certificada de fojas ciento catorce; que empero habiéndose disuelto este último, por muerte de don Jorge Antonio Percy Gibson, no puede declararse de oficio la nulidad de ese matrimonio por lo prescrito en el artículo ciento treinticinco del Código Civil; que el testamento impugnado que en copia certificada corre a fojas setentinueve vuelta, conserva la eficacia de su claúsula tercera, ya que el testador, en uso de la facultad que le confiere el artículo setecientos del acotado, puede disponer libremente hasta el tercio de sus bienes; que corresponde en consecuencia, declararse que el testamento precitado sólo ha caducado en cuanto ha preterido a su heredera forzosa, su esposa doña Mercedes Parra del Riego de Gibson, la que junto con los hijos de su matrimonio con el causante, concurre a la herencia en la forma establecida por el artículo setecientos sesenticnco del cuerpo legal citado; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento cincuentiocho, su fecha veinte de abril del presente año, en cuanto confirmando la apelada de fojas ciento dieciocho, su fecha trece de Diciembre de mil novecientos sesentidós declara improcedente la demanda interpuesta a fojas tres por doña Mercedes Parra del Riego de Gibson contra doña Marga Tittell y otros sobre nulidad de testamento; reformando la primera y revocando la segunda declararon infundada dicha demanda en cuanto persigue la nulidad de la cláusula tercera del testamento, de fojas setentinueve vuelta, la declararon fundada con respecto a la cláusula cuarta del mismo, en cuanto instituye heredera universal a doña Marga Tittell en concurrencia con los hijos del de cujus habidos en el matrimonio con la demandante, y, en consecuencia que doña Mercedes Parra del Riego de Gibson es heredera de don Jorge Antonio Percy de Gibson con sus hijos Percy, Doris, Mercedes, Jorge, Marcela, Martha, Anita y Rosario Gibson Parra; sin costas; y los devolvieron.— Sayán Alvarez.— García Rada.— Vivanco Mujica.— Alarcón.— Roldán.

Se publicó conforme a ley.— Lizandro Tudela Valderrama. Secretario. Causa 202/64.— Procede de Lima.

A. J.— 1948; p. 44

XI,6) La cláusula testamentaria en que se desconoce a un hijo ilegítimo reconocido válidamente es nula en cuanto daña los derechos del preterido.

Recurso de nulidad interpuesto por don Carlos Pereira, en la causa que sigue con doña Agueda Linares viuda de Pereira, sobre nulidad de contratos. Procede de Loreto.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos; con el expediente ofrecido como prueba a fojas ciento treintidós, que se separará y cuaderno de confesión, que se agregará; resulta de lo actuado que don Carlos Pereira, representado por don Wenceslao Espinar, por su escrito de fojas ocho, ampliado a fojas doce y variada y aclarada su demanda a fojas dieciséis, demanda la nulidad de los contratos de compra venta otorgados por don Venancio F. Pereira a don Santiago García, según escritura que en testimonio corre a fojas veintitrés y la del contrato también de compraventa otorgado por él mismo don Santiago García a favor de doña Agueda Linares vda. de Pereira que en testimonio corre a fojas tres. La demanda comprende también la nulidad de las cláusulas primera y quinta del testamento que otorgó don Venancio Pereira y en testimonio obra a fojas ciento setentidós, en virtud de las que el testador niega ser padre del demandante e instituye como heredera universal de sus bienes a su esposa doña Agueda Linares viuda de Pereira. El demandante invoca en su demanda el hecho de haber sido preterido y que en los contratos de compraventa indicados hubo simulación en perjuicio de sus intereses como heredero. La demanda se entendió con don Santiago García y la referida doña Agueda Linares viuda de Pereira. Don Santiago García contestando la demanda niega los fundamentos de la misma en lo que respecta a los contratos en que ha intervenido manifestando que no hubo simulación y en todo caso el contrato

primitivo entrañaba un préstamo con garantía hipotecaria y que el segundo contrato tenía que hacerse del mismo modo que el primero, porque el acto anterior así lo determinaba. Doña Agueda de Pereira a su vez al contestar la demanda niega también los fundamentos de ella y reconviene solicitando la nulidad del reconocimiento que practicó don Venancio F. Pereira, en favor del demandante; asimismo reconviene pidiendo la rectificación de la partida de nacimiento inscrita por orden judicial alegando que Carlos Pereira no es hijo de ella ni de su esposo y en el otro sí de su contestación a la demanda deduce la excepción de prescripción, fundándose en el artículo dos mil doscientos ochenta del Código Civil derogado. Contestando la reconvención y la excepción de prescripción el demandante deduce la de naturaleza de juicio que se encuentra para resolver; que tramitado el juicio con arreglo a ley, actuadas las pruebas ofrecidas por ambas partes; y vencidos el término probatorio, la causa se encuentra en estado de pronunciar la sentencia correspondiente. CONSIDERANDO: Que del testimonio de fojas veintitrés, aparece que con fecha treinta de abril de mil novecientos treinticinco, don Venancio F. Pereira dio en venta a don Santiago García la finca ubicada en el crucero que forman las calles Próspero hoy Lima y Ricardo Palma, signada con los números doscientos setentitrés al doscientos setentinueve inclusive, la ubicada en la calle Próspero número doscientos sesentinueve al doscientos setentiuno y la ubicada en la calle Ricardo Palma, cuya numeración corre del cuarentiocho al cincuentiocho inclusive, por la suma total de catorce mil soles oro, que don Venancio F. Pereira declara haber recibido a su entera satisfacción; de la confesión del comprador don Santiago García de fojas sesentitrés, que absuelve en sentido afirmativo las preguntas del interrogatorio de su propósito de fojas sesentidós, aparece que el contrato revestía todas las formalidades de la compraventa, su realidad no era sino el otorgamiento de un crédito a base de una enajenación simulada, toda vez que el comprador sólo asumía el compromiso de ir habilitando al vendedor sumas de dinero a medida que éste necesitaba hasta alcanzar el precio de los tres inmuebles sin perjuicio de que el deudor, en este caso don Venancio F. Pereira, si lograba devolver las sumas adelantadas podía readquirir los inmuebles referidos, concurso de circunstancias que demuestran claramente que se revistió a un acto jurídico como la venta de todas sus formalidades cuando en realidad se practicó otro de distinta naturaleza, incurriéndose por lo tanto en simulación en detrimento del vendedor, de sus herederos, o de sus acreedores; que de la

misma confesión que se meritúa en el anterior considerando, de la prestada por doña Agueda Linares a fojas sesenticinco, conforme al interrogatorio de fojas sesenticuatro y de la escritura cuyo testimonio corre a fojas quince aparece igualmente que el once de agosto de mil novecientos cuarenticinco a los seis años del fallecimiento de don Venancio F. Pereira, partida de defunción de fojas sesentitrés, don Santiago García también por escritura pública, vendió a su vez a doña Agueda Linares viuda de Pereira, los tres inmuebles mencionados por la suma de once mil soles oro, cuando en realidad sólo recibió de la compradora la suma de seiscientos soles oro, con más los intereses del seis por ciento anual, que le devolvió, y fue la cantidad que su esposo don Venancio F. Pereira, tomó como habilitación por lo que también hay que concluir que esta venta fue también simulada y resulta además patentizada por lo que se manifiesta en el escrito de fojas treinticinco cuando se consigna que se resolvió a hacer la devolución legal en forma de otra venta ya que rescisión u otra forma de traspaso no cabía, pues el haberse abierto un crédito con garantía hipotecaria como es en el fondo el acto jurídico practicado en la primera escritura, habría bastado otorgar por parte del acreedor la consiguiente escritura de cancelación en favor de los herederos del deudor fallecido; que de la partida de nacimiento del registro civil de fojas cinco y de fojas treintiuno, aparece probado que don Manuel Pereira ha nacido el ventiséis de junio del año de mil ochocientos noventiuno, que ha sido inscrito por orden judicial como hijo natural de don Venancio F. Pereira y aún más reconocido por éste, según diligencia sentada al final de dichas partidas en una de las formas de reconocimiento que prescribe el artículo trescientos cincuenticuatro del Código Civil, el mismo día en que se verificó la inscripción, y del expediente ofrecida como prueba por parte de la demandada, que se tiene a la vista si bien aparece que se ha entablado por don Venancio F. Pereira demanda en vía ordinaria para que se declare la falsedad de la partida de nacimiento referida, este juicio se ha declarado abandonado por auto de fojas veinte del citado expediente, sin que se haya pronunciado sentencia en ninguna instancia, apareciendo además de la copia certificada de fojas ciento setenticinco que sí se ha seguido un procedimiento sobre rectificación de la partida que corresponde a Carlos M. Pereira,por auto de vista del Superior Tribunal se confirmó la sentencia que declara infundada la demanda y sin lugar la rectificación de la partida de nacimiento del ferido don Carlos M. Pereira, nacido el veinticinco de agosto del año mil novecientos

dieciséis; que la revocación que hace don Venancio F. Pereira del reconocimiento practicado en favor de Carlos M. Pereira en la cláusula primera de su testamento otorgado el siete de marzo del año mil novecientos treinticinco, que su boleta corre a fojas seis y en testimonio a fojas ciento setentidós no puede prevalecer ni surtir efecto alguno contra el reconocimiento, toda vez que este acto es irrevocable y no admite modalidad alguna, conforme a lo dispuesto en el artículo trescientos cincuentinueve del referido Código Civil; que estando probado el entroncamiento del demandante con su causante y no mediar ni haberse alegado causales de indignidad ni tampoco mediar forma alguna de desheredación, contempladas por la ley, y habiendo, el testador don Venancio F. Pereira preterido al hijo reconocido legalmente caduca el testamento en cuanto daña los derechos del preterido conforme lo dispone el artículo setecientos cincuentitrés del mismo Código antes referido; que las inscripciones verificadas conforme a la partida de fojas cinco y fojas treinticinco, por orden judicial, hansido oportunamente susceptibles de rectificación, caso de denegatoria ser contradicha en vía ordinaria y para esto la acción ya ha prescrito y a mayor abundamiento el juicio de nulidad de instrumento público instaurado se ha declarado abandonado y en estas circunstancias, es inoperante la reconvención planteada en el escrito de contestación a la demanda de fojas treinticuatro, por lo que consecuentemente resulta fundada la excepción de prescripción formulada en el alegato de fojas ciento veintiocho con carácter de perentoria; que la excepción de naturaleza de juicio deducida en el escrito que en copia corre a fojas ciento cuarentitrés no tiene razón de ser porque ya ha sido resuelta por el mérito de la copia certificada de fojas ciento setentitrés y el contradictorio, tiene el mismo procedimiento que el seguido en autos, que con otro nombre también ya se ha seguido, como aparece del expediente, tenido a la vista; y en los casos de simulación no se puede ejercitar las acciones que surgirían del acto practicado si fuera real y permitido y son imprescriptibles. Por estas consideraciones, y demás que fluyen de autos, administrando justicia en nombre de la nación, FALLO: declarando fundada la demanda de fojas ocho, ampliada a fojas doce y variada a fojas diecinueve; y en consecuencia: nulas las escrituras de compraventa otorgadas por don Venancio F. Pereira a favor de don Santiago García el treinta de abril de mil novecientos treinticinco ante el Notario don Víctor M. Cavero, conforme al testimonio de fojas veintitrés, y la otorgada por éste a favor de doña Agueda Linares viuda de Pereira, el once

de agosto de mil novecientos cuarenticinco ante el Notario don Manuel Roseell Santollala, al que se refiere el testimonio de fojas tres; declaro asimismo nula la cláusula primera y que ha caducado la cláusula quinta del testamento otorgado por don Venancio F. Pereira el siete de marzo de mil novecientos treinticinco, debiendo abrirse la sucesión legal del causante: declaro también infundadas la reconvención y la excepción de prescripción deducidas en el escrito de contestación a la demanda de fojas treinticuatro e infundada la excepción de naturaleza de juicio deducida por el demandante y fundada la excepción de prescripción deducida también por el demandante en su escrito de fojas ciento veintiocho. Y por esta mi sentencia definitiva juzgando en primera instancia, así lo pronuncio, mando y firmo, estando en audiencia pública en la Sala de mi Despacho de Iquitos, a los veinticinco días del mes de noviembre de mil novecientos cuarentiséis.

A. Villacorta Cobos

E. Mori

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Iquitos, 9 de julio de 1947.

Vistos; en discordia, con el pedido para resolver; y considerando: que el artículo ochocientos sesenticinco del Código Civil derogado, concordante con el mil ochocientos treinta del vigente, concede acción al heredero forzoso para solicitar la caducidad del testamento cuando ha sido olvidado o excluído indebidamente de la herencia; que, en el caso de autos, el demandante don Carlos Manuel Pereira no ha sido olvidado sino excluído, no indebidamente como lo sostiene, sino por causa justa; que esta causa está fundada en el hecho de que el demandante no es hijo del testador ni de su cónyuge doña Agueda Linares, como resulta comprobado con la cláusula del testamento cuyo testimonio corre a fojas ciento setentidós y con las testimoniales de fojas cincuentiocho, cincuentinueve y sesenta, de don Alfredo Muñoz, de don Ponciano Sánchez y de don Francisco Gómez, personas de reconocida solvencia moral a quienes les consta que los cónyuges Venancio Fernández Pereira y Agueda Linares no procrearon hijos antes ni después de casarse y que al demandante lo conocieron desde pequeño con el nombre de Carlos Ponce Linarees viviendo en la condición de pupilo o doméstico de los citados cónyuges; que estas pruebas se encuentran corroboradas con el mérito que

arrojan las partidas de fojas treinta, treintidós y treintitrés, que acreditan la verdadera filiación del demandante, en las que figura como hijo natural de don Manuel Ponce de León y de doña Carmen Linares, advirtiéndose que en la partida de bautizo aparece la demandada doña Agueda Linares como madrina y no como madre del actor; que no obstante esta filiación originaria y auténtica, el citado actor con posterioridad siguió un procedimiento judicial sobre inscripción de su nacimiento para que se le inscriba como hijo natural de don Venancio Fernández Pereira y de doña Agueda Linares, y luego después, con esta nueva filiación, en el Callao, ha contraído matrimonio civil con la misma cónyuge doña Elvia Vela Alvarado, con quien estaba casado en esta ciudad como aparece de las respectivas partidas de fojas treintidós, treintitrés y doscientos treintidós, así como de su propia confesión de fojas doscientos doce, habiendo en la última partida alterado su estado civil y el lugar de su nacimiento; que las irregularidades anotadas ponen de manifiesto los procedimientos del actor para usar de los Registros del Estado Civil a su antojo y con el propósito deliberado de convertirse en heredero del testador; que tales antecedentes reveladores de la falta absoluta de respeto a las instituciones del Estado, producen la convicción acerca de la falsedad del acta de reconocimiento que corre agregada al final de la partida de fojas cinco, pues con tales antecedentes no es extraño ni inverosímil que el demandante sorprendiendo la buena fe del testador y de su condición de extranjero ignorante por cierto de las leyes y disposiciones del país, lo hubiera conducido a la Municipalidad engañándole que iba a firmar como testigo la partida de su nacimiento, cuando en realidad lo que hizo fue hacerle suscribir la citada acta de reconocimiento, que fue impugnada más tarde por el testador y por doña Agueda Linares como aparece del tenido a la vista; que con respecto a la impugnación de dicho reconocimiento cabe tenerse en cuenta la actitud de la demandada doña Agueda Linares, quien sin tener herederos ni motivo alguno que lo justifique, niega rotundamente la filiación de quien dice ser hijo suyo y de su esposo, actitud sincera y aceptable si se considera que el demandante no ha argüido razón alguna para explicar este extraño proceder de la que dice ser autora de sus días y que nadie puede ponerlo en duda porque estaría reñida con los elementos sentimientos de una madre; que a mayor abundamiento la partida y acta de reconocimiento de fojas cinco, adolecen de grave irregularidad, como lo pone de manifiesto el hecho de haberse inscrito el actor solamente con el apellido materno del

testador y no con el paterno de Fernández; irregularidad que resta eficacia jurídica al reconocimiento y prueba que el demandante vacilaba sobre su identidad y que la escritura cuyo testimonio corre a fojas veintitrés, fue celebrada después de haber otorgado su testamento don Venancio Fernández Pereira, y si fuera cierto que dicho contrato resulta simulado, tal simulación sólo podría haber perjudicado a doña Agueda Pereira, heredera instituída en el testamento y no al demandante; y como aquella ha recuperado el íntegro de los bienes heredados adquiriéndolos del comprador don Santiago García, como aparece del testimonio que corre a fojas tres, dichos contratos no adolecen de nulidad por lo dispuesto en el artículo mil noventicuatro del Código Civil, ya que tampoco puede argüirse que estos se hicieron con un fin ilícito, puesto que la heredera demandada, doña Agueda Linares ha pagado el impuesto sucesorio como aparece del testimonio de fojas ciento setentidós; REVOCARON la sentencia apelada de fojas doscientos diecisiete, su fecha veinticinco de noviembre del año último, que declara fundada la demanda de fojas ocho, ampliada a fojas doce y variada a fojas diecinueve e infundada la mutua reconvención de fojas treinticuatro y fundada la excepción de prescripción deducida a fojas ciento veintiocho; declararon infundada dicha demanda en todas sus partes; fundada la mutua reconvención de fojas treinticuatro e infundada la ex cepción de prescripción de fojas ciento veintiocho y las excepciones de prescripción deducidas en esta instancia a fojas doscientas veintinueve; y, en consecuencia, que son válidas las cláusulas primera y quinta del testamento de don Venancio Fernández Pereira y válidos los contratos celebrados por el citado Venancio Fernández Pereira con don Santiago García y el celebrado por éste con doña Agueda Linares viuda de Fernández Pereira, cuyos testimonios corren a fojas tres y veintitrés; y que es fundada la impugnación al reconocimiento que contiene el acta que corre al final de la partida del Registro Civil de fojas cinco, deducida en forma de mutua reconvención; CONFIRMARON la sentencia en cuanto declara infundadas las excepciones de prescripción y naturaleza de juicio deducidas a fojas treinticuatro y treintiocho; con costas; y los devolvieron con el pedido; reintegrándose el papel.

Zumaeta.— Noriega V.— Hermoza C.

El voto del Vocal que firma, es porque se confirme la sentencia apelada de fojas doscientos diecisiete, su fecha veinticinco de noviembre del año pasado, que declara fundada la demanda de fojas ocho, ampliada a fojas doce,

variada a fojas diecinueve, con lo demás que dicha sentencia contiene.

Morey. Se publicó conforme a ley.

F. González.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Venancio Fernández Pereira, quien firmaba y era conocido por Venancio F. Pereira, (expedientes acompañados), contrajo matrimonio con doña Agueda Linares; teniendo ambos cónyuges en su hogar al entonces menor de edad Carlos, quien figuraba como hijo natural no reconocido de don Manuel Ponce de León y de doña Carmen Linares, según consta de la partida bautismal de fs. 30.

En el año 1916 el citado Carlos, siguió procedimiento sobre inscripción de su partida de nacimiento, como hijo de don Venancio F. Pereira y de doña Agueda Linares, ordenándose esa inscripción (fs. 14 y 15 del expediente sobre rectificación); y el mismo día de la inscripción por mandato judicial, se presentó al Registro Civil don Venancio Fernández Pereira reconociendo como su hijo natural al citado don Carlos Manuel Pereira, quien, como ya se ha indicado anteriormente figuró antes como hijo de don Manuel Ponce de León.

En el mes de agosto de 1934, don Venancio Fernández Pereira, solicitó la rectificación y nulidad de la partida inscrita por mandato judicial, sosteniendo que don Carlos Manuel no era su hijo ni tampoco de su esposa doña Agueda Linares, sino de don Manuel Ponce de León y de doña Carmen Linares; y que la partida era falsa. Esta solicitud se declaró sin lugar por el Juez y la Corte Superior.

Terminado ese procedimiento, el mismo don Venancio F. Pereira y su esposa doña Agueda Linares entablaron, en la vía ordinaria, demanda para que se declarara la nulidad y falsedad de la tantas veces citada partida, sosteniendo el primero que firmó en forma sorpresiva, pues fue citado por don Carlos Manuel para que le sirviera de testigo y se le hizo firmar un acta en que lo reconocía como hijo natural. Este juicio se declaró abandonado.

El 7 de marzo de 1935, Fernández Pereira otorga testamento por escritura pública, y en la cláusula primera declara que en su matrimonio con doña Agueda Linares no ha tenido hijos, que tampoco los ha tenido en otra

mujer, y que el reconocimiento que aparece a favor de don Carlos Manuel Pereira no tiene valor, pues no es cierto que aquel sea su hijo; instituyendo como su única heredera a su citada esposa, salvo la parte de sus bienes indivisos, existentes en Portugal (fs. 172).

El 30 de abril del mismo año, el precitado Fernández Pereira vende a don Santiago García Sánz, tres inmuebles por la suma total de S/. 14,000.00 según consta del testimonio de fs. 23.

En julio del referido año 1935, falleció don Venancio Fernández Pereira.

Por escritura pública de 11 de agosto de 1941, don Santiago García Sánz, vende a la viuda doña Agueda Linares, los mismos inmuebles que había comprado al esposo de ésta por la escritura de 30 de abril de 1935.

Tales son suscintamente expuestos, los antecedentes que han originado la demanda de fs. 8, ampliada y aclarada a fs. 12 y 19, interpuesta por don Carlos Manuel Pereira contra doña Agueda Linares y don Santiago García Sánz, para que se declare la caducidad del testamento de don Venancio Fernández Pereira y la nulidad de la cláusula por la que el testador expresa que el demandante don Carlos Manuel no es hijo suyo, así como la nulidad de los contratos y escrituras referentes a las ventas hechas en 30 de abril de 1935 y 11 de agosto de 1941.

El Juzgado de Primera Instancia de Iquitos, en la sentencia de fs. 217 ha declarado fundada la demanda e infundada la reconvención tendiente a que se declare la nulidad del reconocimiento de dicho hijo hecho por don Venancio Fernández Pereira. La Corte Superior de Loreto, a fs. 259, ha revocado en discordia, el fallo del Juez y ha declarado infundada la demanda en todas sus partes y fundada la mutua reconvención, e infundadas las prescripciones deducidas por la demandada a fs. 229; que son válidas las cláusulas del testamento, lo mismo que los contratos de venta de que se ha hecho mérito, y que es fundada la impugnación al reconocimiento de hijo verificado a favor del demandante. Este ha interpuesto recurso de nulidad, al que se ha adherido el apoderado de la demandada en cuanto se deniegan las excepciones de prescripción deducidas en segunda instancia.

Los hechos y antecedentes que se dejan expuestos, están demostrando que el reconocimiento de hijo que practicó don Venancio Fernández Pereira, a favor del actor, está subsistente, pues las dos acciones que interpuso aquél no llegaron a satisfacer sus propósitos de conseguir la nulidad de ese acto, en

razón de que la rectificación de la partida se declaró sin lugar y el jucio ordinario se declaró abandonado. La prueba que se ha actuado en el presente juicio para sustentar los fundamentos de la reconvención, no se ha referido al hecho concreto, aducido por Fernández Pereira, de que fue víctima de un engaño al firmar el acta de reconocimiento, sino a la circunstancia de que el actor ha estado en casa de la demandada y su esposo en condición de doméstico. Sea cual fuere la situación en que estuvo el demandante en la casa de doña Agueda Linares y su esposo, lo cierto es que este último lo reconoció como hijo suyo; y ese reconocimiento surte todos sus efectos.

Si el precitado don Venancio Fernández Pereira, no pudo conseguir judicialmente la nulidad del reconocimiento, menos lo puede conseguir mediante el acto unilateral que consigna su testamento.

El testamento, pues, en cuanto resulta preterido el demandante es caduco al dañar sus derechos, conforme a lo establecido en el art. 753 del C.C. vigente, que reproduce sustancialmente el art. 865 del derogado.

En lo que respecta a la nulidad de los contratos de compra-venta, la confesión del primitivo comprador don Santiago García Sánz, la propia de doña Agueda Linares, de fs. 65, la fecha del primitivo contrato, poco tiempo después de denegarse la rectificación de la partida del actor, de entablarse el juicio ordinario sobre nulidad y del otorgamiento del testamento de don Venancio Fernández Pereira, están demostrando que se trata de acto simulado, como lo ha resuelto el Juzgado de Primera Instancia.

La prescripción deducida a fs. 229 no se concilia con las disposiciones legales en que se apoya.

Por las razones expuestas, el Fiscal es de opinión que procede declarar que HAY NULIDAD en la sentencia recurrida; y reformándola, confirmar la de primera instancia de fs. 217; declarando que es fundada la demanda e infundada la reconvención; y que NO HAY NULIDAD en la parte que desestima las excepciones de prescripción deducidas por doña Agueda Linares.

Lima, julio 31 de 1948.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 13 de agosto de 1948.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientas cincuentinueve, su fecha nueve de julio del año próximo pasado, en cuanto revocando la de primera instancia de fojas doscientas diecisiete, su fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarentitsies, declara infundada la demanda de nulidad de contratos y caducidad de cláusula testamentaria, interpuesta a fojas ocho, ampliada a fojas doce, variada a fojas diecinueve, por el apoderado de don Carlos Pereira Linares, y fundada la reconvención deducida a fojas treinticuatro por doña Agueda Linares viuda de Pereira; reformándola en estos puntos, confirmaron en los mismos la apelada que declara fundada dicha demanda e infundada la reconvención, con lo demás que al respecto contiene: declararon NO HABER NULIDAD en la referida resolución de vista en la parte en que declara infundadas las excepciones de prescripción deducidas a fojas ciento veintiocho y doscientos veintinueve; y los devolvieron.

Portocarrero.— Valdivia.— Noriega.— Cox.— Eguiguren.

Se publicó conforme a ley.

Jorge Vega García.

Cuaderno No. 1495.— Año 1947.

R. J. P.— 1960; p. 929

XI,7) *1.— Acumulada la declaratoria de herederos en favor de un hermano, éste carece de personería para demandar la nulidad del matrimonio de su presunto causante.*

2.— No siendo los hermanos herederos forzosos, no hay preterición si no se los instituye como tales en el testamento respectivo.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1063/59.— Procede de Lima.

Señor:

Doña Isabel Carty de Chávez demanda la nulidad del matrimonio civil contraído por su hermano don Juan Foronda López con doña Fredeslinda Boza Callirgos, alegando no haber estado aún, cuando se contrajo, disuelto el

vínculo anterior existente entre el citado Foronda y doña Margarita Asca. Posteriormente, a fs. 6, amplía la demanda para que se aclare la nulidad del testamento otorgado por Foronda, en el que instituye como su única hija heredera a su esposa Fredeslinda Boza Callirgos. Duplicando su acción, en este último aspecto, inicia la misma demandante, acción de nulidad de testamento, que luego es acumulada con la anterior.

La parte demandada niega la procedencia de las acciones alegando que, en primer lugar, la actora carece de título para demandar, pues la declaratoria judicial de herederos que obtuvo en su favor quedó anulada al presentarse el testamento otorgado por el causante; que no habiendo derecho de ningún pariente para demandar la nulidad de matrimonio, sino en el caso de que el cónyuge la hubiera demandado en vida, la acción no es procedente.

Después de varias nulidades declaradas, por defectos de procedimiento, el Quinto Juzgado Civil de Lima, declara, a fs. 139, sin lugar las demandas acumuladas; resolución que, de conformidad con la vista fiscal de fs. 161, es confirmada por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima. de Dicha resolución recurre en nulidad la parte actora.

La resolución recurrida, confirmatoria de la de Primera Instancia, está arreglada a ley. En efecto, por un lado carece la actora de personería para demandar la nulidad del matrimonio de su hermano, pues, si bien es cierto que la sentencia por la que se disolvió el vínculo, en su primer matrimonio, no fue consultada al Superior Tribunal, también es que, al anularse la declaratoria de herederos de Foronda en favor de su hermana, ésta queda sin título para accionar, por no tener interés legítimo y actual que la ley exige, para poder demandar.

En cuanto a la nulidad de testamento, no se ha probado que concurriese, en su otorgamiento, ninguna causal de nulidad; confunde, seguramente, la parte actora, nulidad con caducidad de la institución de heredera. Pero teniendo en cuenta que el causante no dejó herederos forzosos con derecho a ser instituidos como tales, salvo su cónyuge, en ningún caso habría preterición, pues los hermanos no son legitimarios, no están en la condición de herederos forzosos en la sucesión testamentaria, y sólo concurren en la herencia, cuando se trata de sucesión legal. Aún en el caso de que la heredera instituida no fuera cónyuge del causante, pudo ser instituida como heredera, sin que ello signifique preterición de herederos forzosos que el causante no tuvo.

Por las consideraciones expuestas, y por las que sirven de fundamento a los fallos inferiores, procede se declare QUE NO HAY NULIDAD en la recurrida que confirmando la apelada declara sin lugar las demandas acumuladas.

Lima, 5 de diciembre de 1959.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, ocho de enero de mil novecientos sesenta.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento sesentitrés, su fecha cinco de octubre de mil novecientos cincuentinueve, que confirmando la apelada de fojas ciento treintinueve, su fecha treintiuno de octubre de mil novecientos cincuentiocho, declara sin lugar la demanda de nulidad de matrimonio interpuesta a fojas dos por doña Isabel Carty de Chávez contra doña Fredeslinda Boza Callirgos, e infundada la demanda de nulidad de testamento de fojas cuarenticinco; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Sayán Alvarez.— Maguiña Suero.— Tello Velez.— Valdez Tudela.— Eguren.— Se publicó .— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

R. J. P.— 1957; p. 173

XI,8) *I.— Si el actor acredita que ha sido preterido conjuntamente con su hermana en el testamento otorgado por su padre, procede declarar fundada la demanda de caducidad del mismo (art. 753 C.C.).*

II.— Según el Código Civil de 1852, para que el matrimonio católico surtiera efectos civiles, era preciso que se inscribiera en el Registro Civil dentro de los 8 días de celebrado (arts. 441 y 443). Pero esta prescripción fue modificada por el Código de Procedimientos Civiles, que establece que deben considerarse como instrumentos públicos las partidas parroquiales extendidas en dichos registros (art. 400, inc. 3o.).

III.– Surten sus efectos legales y no acarrea nulidad las partidas de nacimiento cuya inscripción no se hizo después de los 8 días que señala la ley.

Corte Suprema de la República.– Primera Sala.– Causa No. 1359, año 1956. Santillana c. Santillana.

DICTAMEN FISCAL

Señor: En el presente juicio seguido por don Marciano Santillana Cruz con don Pedro Santillana Navarro y otro sobre caducidad de testamento, por auto de fs. 108v., se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por doña Lucinda Alvarez vda. de Santillana, contra la sentencia de vista de fs. 105v. que revocando en una parte y confirmando en otra la de Primera Instancia de fs. 48, declara infundadas las tachas de las partidas de matrimonio y bautismo corriente a fs. 6, en cuanto daña el derecho de los preteridos.

El demandante don Marciano Santillana Cruz amparándose en lo dispuesto por el art. 753 del C.C. entabla demanda de caducidad del testamento otorgado por su padre don Pedro Pablo Santillana Robles el 16 de Junio de 1951; fundándose en que el nombrado testador ha preterido al recurrnete y a su hermana Rosa Santillana Cruz, no obstante de ser hijos legítimos del causante. Los demandados don Pedro Félix y doña Julia Santillana Alvarez niegan la demanda y tachan de nulas y falsas las partidas de matrimonio y de nacimiento en que fundan su derecho el actor y su referida hermana. La tacha opuesta a la partida de matrimonio se funda, en que tratándose de un matrimonio religioso, ha debido inscribirse en los Registros Civiles, cumpliéndose con ello, lo dispuesto por los arts. 441 y 443 del C.C. derogado y en que no se organizó el expediente matrimonial previo que correspondía. Si bien es verdad que las indicadas disposiciones del C.C. derogado establecían que el matrimonio canónico para que suritera efectos civiles era preciso que se inscribiera en el Registro Civil, dentro de los ocho días de celebrado; no menos cierto es que el art. 400 del C.P.C. que es posterior al citado cuerpo de leyes, en el inc. 3o. dispone que son instrumentos públicos las partidas parroquiales extendidas en dichos Registros. Abundante jurisprudencia existe sobre el particular, considerando que para que dichos instrumentos tengan valor de públicos, es suficiente que

hayan sido extendidos por la autoridad eclesiástica respectiva; por lo que, debe desestimarse dicha tacha de nulidad y falsedad. Constando en autos que el matrimonio se realizó después de observadas las prescripciones canónicas, la citada partida conserva su eficacia legal y la alegación de que no se organizó el expediente matrimonial previo, no puede enervar en modo alguno el valor de dicha partida. Respecto a la tacha de la partida de nacimiento, considero que ella debe declararse infundada, pues el hecho de haberse inscrito después de los ocho días de ocurrido el nacimiento, no acarrea la nulidad de la partida, ya que si bien se establece por la ley el plazo de 8 días no se declara por ello, la nulidad de la inscripción realizada después de ese plazo y por lo tanto, la partida referida debe surtir sus efectos legales.

Habiendo acreditado el actor que ha sido preterido conjuntamente con su hermana doña Rosa Santillana Cruz, en el testamento otrogado por su padre don Pedro Pablo Santillana Robles, es evidente que de conformidad con lo dispuesto por el art. 753 del C.C., procede declarar fundada en parte la demanda de fs. 1 y, en consecuencia, caduco dicho testamento, en cuanto daña el derecho de los preteridos. Por lo expuesto y por los fundamentos de la recurrida, opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, 29 de abril de 1957.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, trece de setiembre de mil novecientos cincuentisiete.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y considerando que la demandante doña Rosa Santillana Cruz no ha apelado de la sentencia de Primera Instancia, que declara infundada su demanda, por lo que respecto de ella la Corte Superior se ha excedido en el pronunciamiento, incurriéndose en esa parte, en la nulidad prevista en el inc. 2o. del art. 1085 del C.P.C.: declararon NULA la sentencia de vista de fs. 105, su fecha 18 de octubre último, en la parte que se pronuncia sobre el derecho alegado por doña Rosa Santillana Cruz en los seguidos con doña Lucinda Alvarez viuda de Santillana y otros, sobre caducidad de testamento, y resultando discordia sobre los demás puntos materia del recurso, la remitieron a mayor número de votos, llamándose para dirimirla al señor vocal designado por la ley; restituyéndose la causa a la tabla.— Sayán Alvarez.— Maguiña.— Garmendia.— Alva.—

DICTAMEN FISCAL

Exp. 182/57.– Procede del Cusco.

Señor:

Por auto de fs. 320 vta. se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por don Eduardo Ortiz contra la sentencia de vista de fs. 318, que confirmando en una parte y revocando en otra la de Primera Instancia de fs. 278, declara fundada en parte la demanda de nulidad de testamento entablada por don Julio Casafranca; con lo demás que contiene.

Según el inciso 1o. del art. 752 del C.C. caduca la institución de heredero, si deja el testador heredero forzoso, que no tenía cuando otorgó el testamento y de acuerdo con el art. 753 del mismo Cuerpo de Leyes, cuando el testador ha preterido en todo o en parte al heredero forzoso y ésto sobrevive al testador y no es indigno, caduca el testamento en cuanto daña los derechos del preterido. En el caso sujeto a materia, doña Emigdia Ortiz de Casafranca al otorgar su testamento ológrafo, el 3 de Setiembre de 1940, instituyó como sus únicos y universales herederos a sus padres don Eduardo Ortiz y doña Gertrudiz Muñoz; pero el día 6 del mismo mes y año, nació su hija legítima doña Julia Ana Casafranca, que es su heredera forzosa. Además, la testadora era casada con don Julio César Casafranca desde el 17 de marzo de 1939 a quien no considera en su testamento como heredero, no obstante de estar vigente el matrimonio. Esta desheredación del cónyuge no se ha ceñido a lo que dispone el art. 713 del C.C. ni se ha justificado como lo establece el art. 716 del mismo Código. La testadora, además le quita según las disposiciones testamentarias, la patria potestad al cónyuge sobreviviente respecto a su hija menor y dispone del menaje ordinario de casa, para que los padres de aquella asuman dicha autoridad y entren en poder de los citados bienes, lo que es legalmente improcedente.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia recurrida, opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, 13 de mayo de 1957.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, cinco de julio de mil novecientos cincuentisiete.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO

HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas trescientas dieciocho, su fecha seis de mayo de mil novecientos cincuenticuatro que confirmando una parte y revocando en otra la apelada de fojas doscientas setentiocho, su fecha treiuno de agosto de mil novecientos cuarentinueve declara la caducidad del testamento otorgado por doña Emilia Ortíz de Casafranca en cuanto daña los derechos del preterido y que son herederos de la mencionada causante su cónyuge supérstite don Julio Casafranca Saldaña y su hija legítima Julia Ana Casafranca Ortíz de los dos tercios de la masa hereditaria; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– Maguiña Suero.– Alva.– Lengua.– Valderrama.– Esparza.– Se publicó.– Walter Ortíz Acha.– Secretario.

R. J. P.– 1957; p. 664

XI,10) *1.– Estando acreditado que el presunto padre ha vivido en concubinato con la madre durante la época de la concepción y que la hija ha tenido el estado constante de hija ilegítima del demandado procede la declaración judicial de paternidad.*

2.– Es caduca la cláusula testamentaria en la que no se instituye como heredero al hijo cuya filiación ilegítima se declara judicialmente.

3.– Es igualmente nula la transacción celebrada sobre derechos familiares.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1446/55.– Procede de Junín.

Señor:

En el presente juicio seguido por doña María Sofía Castillo con don Moisés Castillo y otro sobre filiación, nulidad de testamento y otras acciones, por auto de fs. 347 vta. se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por los demandados contra la sentencia de vista de fs. 344, que confirmando la de Primera Instancia de fs. 299, declara fundadas las demandas acumuladas de fs. 3 y fs. 83.

La demandante doña María Sofía Castillo ha acreditado con la prueba actuada, que es hija ilegítima de don Carlos B. Castillo habida en las

relaciones maritales que su nombrado padre tuvo con doña Francisca Villaizán, madre de la actora. La abundante instrumental y testimonial actuada, no sólo demuestran que don Carlos B. Castillo vivió en concubinato con la madre de la demandante, durante la época de la concepción, sino, además, que doña María Sofía Castillo se halla en la posesión constante del estado de hija ilegítima del citado padre, justificada por actos directos de éste y de su familia; siendo por lo tanto de aplicación el caso sujeto a materia, lo dispuesto por los incisos 2o. y 4o. del art. 366 del C.C. debiendo declararse que la nombrada demandante es hija ilegítima de don Carlos B. Castillo. La excepción de prescripción deducida por los demandados debe declararse sin lugar, pues la demanda de fs. 3 fue interpuesta a los cinco meses del fallecimiento del causante y la de fs. 183 se ha acumulado a la anterior, formando ambas un todo; por lo que, el término exigido por el art. 379 del C.C. para la prescripción de la acción de filiación incoada, no se ha vencido. Además, como del testamento que en testimonio corre a fs. 200, aparece que el testador don Carlos B. Castillo Herrera, ha preterido a la demandante, omitiendo considerarla como su heredera, resulta caduco dicho instrumento público, en cuanto daña los derechos hereditarios de la actora de conformidad con lo dispuesto por el art. 753 del mismo Cuerpo de Leyes, ya que doña María Sofía Castillo no ha dado motivos para ser declarada indigna o desheredada. De otro lado, la escritura de 29 de diciembre de 1947, que en testimonio corre a fs. 80 y el escrito de fs. 22 importan una transacción sobre derechos de familia; por lo que, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 1315, 1123 y 1124 del C.C. concordantes con el art. 3o. del Título Preliminar del mismo Código, debe declararse nula la citada escritura y el acto jurídico que ella contiene. Siendo la actora y sus dos hermanos demandados, los únicos herederos del causante don Carlos B. Castillo, los bienes inmuebles que aparecen del testamento de fs. 200 que no hayan sido cedidos a terceros y los muebles inventariados a fs. 82 v. inclusive el precio del bien vendido al Politécnico, deben dividirse en tres partes iguales, una para cada uno de los tres hijos del nombrado causante, debiendo los demandados pagar a la actora, la parte proporcional de los frutos correspondientes, los que se fijarán oportunamente por peritos.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, 12 de enero de 1956.

García Arrese.

relaciones maritales que su nombrado padre tuvo con doña Francisca Villaizán, madre de la actora. La abundante instrumental y testimonial actuada, no sólo demuestran que don Carlos B. Castillo vivió en concubinato con la madre de la demandante, durante la época de la concepción, sino, además, que doña María Sofía Castillo se halla en la posesión constante del estado de hija ilegítima del citado padre, justificada por actos directos de éste y de su familia; siendo por lo tanto de aplicación el caso sujeto a materia, lo dispuesto por los incisos 2o. y 4o. del art. 366 del C.C. debiendo declararse que la nombrada demandante es hija ilegítima de don Carlos B. Castillo. La excepción de prescripción deducida por los demandados debe declararse sin lugar, pues la demanda de fs. 3 fue interpuesta a los cinco meses del fallecimiento del causante y la de fs. 183 se ha acumulado a la anterior, formando ambas un todo; por lo que, el término exigido por el art. 379 del C.C. para la prescripción de la acción de filiación incoada, no se ha vencido. Además, como del testamento que en testimonio corre a fs. 200, aparece que el testador don Carlos B. Castillo Herrera, ha preterido a la demandante, omitiendo considerarla como su heredera, resulta caduco dicho instrumento público, en cuanto daña los derechos hereditarios de la actora de conformidad con lo dispuesto por el art. 753 del mismo Cuerpo de Leyes, ya que doña María Sofía Castillo no ha dado motivos para ser declarada indigna o desheredada. De otro lado, la escritura de 29 de diciembre de 1947, que en testimonio corre a fs. 80 y el escrito de fs. 22 importan una transacción sobre derechos de familia; por lo que, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 1315, 1123 y 1124 del C.C. concordantes con el art. 3o. del Título Preliminar del mismo Código, debe declararse nula la citada escritura y el acto jurídico que ella contiene. Siendo la actora y sus dos hermanos demandados, los únicos herederos del causante don Carlos B. Castillo, los bienes inmuebles que aparecen del testamento de fs. 200 que no hayan sido cedidos a terceros y los muebles inventariados a fs. 82 v. inclusive el precio del bien vendido al Politécnico, deben dividirse en tres partes iguales, una para cada uno de los tres hijos del nombrado causante, debiendo los demandados pagar a la actora, la parte proporcional de los frutos correspondientes, los que se fijarán oportunamente por peritos.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, 12 de enero de 1956.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, primero de abril de mil novecientos cincuentisiete.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas trescientas cuarenticuatro, su fecha veintiocho de octubre de mil novecientos cincuenticinco, que confirmando la apelada de fojas doscientas noventinueve, su fecha treinta de junio de mil novecientos cincuenticuatro, declara fundada la demanda acumuladas de fojas tres y ochentitrés y en consecuencia, que doña María Sofía Castillo es hija de don Carlos Borromeo Castillo; que es nulo el testamento de fojas doscientas en la parte que daña el derecho de la actora y que es nula la escritura de cesión a que se refiere el testimonio de fojas ochenta; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Sayán Alvarez.— Garmendia.— Maguiña Suero.— Alva.— Lengua.— Se publicó.— Walter Ortíz Acha.— Secretario.

R. J. P.— 1957; p. 61

XI,11) *En caso de preterición de un heredero forzoso, es nulo el testamento en cuanto afecta su participación en la legítima. El heredero instituído en forma voluntaria tiene derecho a la porción de libre disposición en concurrencia con los legatarios, reduciéndose a prorrata el exceso de los bienes dejados a estos últimos.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 904/53.— Procede de Puno.

Señor:

Según aparece de la partida de fs. 2, el 3 de mayo de 1932, don Mariano R. Juárez contrajo matrimonio civil con doña Mercedes Orrantia, quien falleció el 11 de enero de 1942 bajo el imperio de su testamento otorgado por escritura pública de la misma fecha, 11 de enero de 1942, en el que modifica, en parte, el que otorgara con fecha 21 de abril de 1938.

En este acto jurídico, la testadora instituye como su heredera universal

a doña Francisca Córdova, lega una estancia al menor José Víctor Astorga, hijo de doña Natalia Martínez, y deja un inmueble a su esposo don Mariano R. Juárez. Pero, en el testamento de 11 de enero de 1942 anula y deja sin valor la cláusula del anterior en que dejaba a su esposo una casa. Así aparece de la copia certificada de fs. 17 y fs. 19.

Los antecedentes que se dejan expuestos han originado la demanda de don Mariano R. Juárez sobre nulidad de ambos testamentos, acción que fundamenta en haber sido preterido por su esposa y en que ésta, al otorgar ese acto de última voluntad, no se encontraba en el uso normal de sus facultades mentales.

Contradicha la demanda a fs. 7 y sustanciada la causa, el Juzgado de Primera Instancia en la sentencia de fs. 147 declara fundada en parte la demanda, estableciendo que el actor es heredero forzoso de doña Mercedes Orrantia de Juárez y que las demandadas sólo tienen derecho al tercio de los bienes de aquélla. La referida sentencia ha sido confirmada por la de vista de fs. 173, originando recurso de nulidad de las demandadas.

El derecho del actor resulta del matrimonio que contrajo con la testadora, como lo evidencia la partida de fs. 2, de manera que no teniendo aquélla herederos forzosos, don Mariano R. Juárez tiene esta condición de acuerdo con lo que establece el art. 769 del C.C. Estando a lo que dispone el art. 753 del mismo Código, los testamentos otorgados por doña Mercedes Orrantia de Juárez han caducado en cuanto dañan los derechos del cónyuge sobreviviente, ya que sólo pudo disponer del tercio de sus bienes según el art. 700 del acotado.

Por las consideraciones expuestas, opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 27 de febrero de 1954.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, nueve de octubre de mil novecientos cincuentiséis.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento setentitrés, su fecha trece de junio de mil novecientos cincuentisiete, que confirmando la apelada de fojas ciento cuarentisiete, su fecha doce de junio de mil

novecientos cuarentiséis; declara fundada en parte la demanda y, en consecuencia que son nulos los testamentos de veintiuno de abril de mil novecientos treintiocho y once de enero de mil novecientos cuarentidós otorgados por doña Mercedes Orrantia de Juárez en cuanto afectan los dos tercios de los bienes de la herencia que correspona a don Mariano R. Juárez, quedando doña Francisca Córdova doña Natalia Martínez y el menor José Víctor Astorja como legatarios en el tercio de los bienes entendiéndose que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo setecientos veintisiete del Código Civil, el exceso de los legados sobre el tercio de libre disposición se rebajarán a prorrata; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– EGUIGUREN.– BUSTAMENTE CISNEROS.– GARMENDIA.– ALVA.– TELLO VELEZ.– Se publicó. Walter Ortíz Acha.– Secretario.

R. J. P.– 1956; p. 827

CADUCIDAD DE TESTAMENTO.– Preterición.

XI,12) *La caducidad de un testamento por preterición del heredero forzoso sólo opera en cuanto daña los derechos de éste, y esos derechos, de acuerdo con el C.C. de 1852 están constituídos por las cuatro quintas partes de la herencia.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 951/55.– Procede de Arequipa.

Señor:

Por escritura pública de 9 de junio de 1904, don Manuel Isidoro Velazco Pérez otorgó su testamento, en una de cuyas cláusulas declaró tener una hija natural antes de su matrimonio denominada Pascuala, cuya hijita, su nieta Pastora Velazco la reconoce como su heredera. Así aparece de la copia notarial que obra a fs. 189 del segundo cuaderno acumulado.

Posteriormente, el mismo don Manuel Isidoro Velazco Pérez otorgó nuevas disposiciones testamentarias; y por último, por escritura pública de fecha 14 de setiembre de 1933, según es de verse a fs. 143 del primer

cuaderno acumulado, otorgó su último testamento en el que declaró no tener hijos naturales e instituyó como su único y universal heredero a su sobrino el doctor Ismael Cornejo Roselló.

Los juicios acumulados, primer y segundo cuadernos, versan sustancialmente sobre la validez de los actos jurídicos de que se ha hecho referencia anteriormente. El tercer cuaderno acumulado, que contiene la demanda de don Gregorio Masa, cuya acción fue desestimada por el Juzgado no es materia de los recursos de nulidad interpuestos por los interesados en los otros juicios.

En el primer cuaderno, doña Pascuala Velazco de Figueroa, en su demanda y ampliaciones, acciona para que se declare la caducidad del testamento de 14 de setiembre de 1933, por haber sido preterida. Por su parte, en el segundo cuaderno, don Carlos Cornejo Vizcardo, como heredero de su padre Doctor Ismael Cornejo Roselló demandó la nulidad tanto del reconocimiento de hija natural verificada en el testamento de 9 de junio de 1904 como de la partida de bautismo de la referida doña Pascuala Velazco, a la que se pretende considerar, no como hijo del testador, sino como su conviviente, siendo su verdadera hija la titulada nieta Pastora Velazco.

El reconocimiento verificado en el precitado testamento de 9 de junio de 1904 a favor de doña Pascuala Velazco se realizó en forma legal y de acuerdo con la facultad conferida por el art. 238 del C.C. derogado. No cabe la menor duda sobre el contenido de este reconocimiento, que no se presta a interpretaciones extrañas. Don Manuel Isidoro Pérez Velazco expresó en ese acto, como ya se ha hecho notar, "tengo una hija natural antes de mi matrimonio denominada. Pascuala, cuya hijita, mi nieta denominada Pastora Velazco, la reconozco por mi heredera".

El reconocimiento de hijo natural es irrevocable. De acuerdo con ese acto, doña Pascuala Velazco tenía la condición de heredera forzosa con arreglo a las disposiciones contenidas en el art. 892 del Código Civil derogado.

Frente a esta situación jurídica, derivada de la voluntad del padre de reconocer a su hija, habida antes de su matrimonio, carece de todo fundamento legal la acción planteada por los herederos del doctor Cornejo Roselló para anular el título de la heredera forzosa, que ni el propio padre podía revocar a tenor de artículo terminante del Código Civil y de la naturaleza del propio acto de reconocimiento.

Como consecuencia de lo expuesto, el testamento otorgado por don

Manuel Isidoro Velazco, en setiembre de 1933, en el que instituye como su heredero al doctor Ismael Cornejo Roselló, ha caducado en cuanto daña los derechos de la hija y heredera forzosa como establecía el art. 865 del C.C. de 1852, que el Código vigente ha reproducido en el numeral 753.

Cabe hacer presente que se ha probado en el curso de los procesos acumulados, que doña Pascuala fue en realidad hija ilegítima del testador, como la evidencia su partida de bautismo, que no se ha probado haya sido suplantada, su partida de matrimonio, etc.

El Juzgado de Primera Instancia resolvió declarando sin lugar la demanda de nulidad del reconocimiento de hija ilegítima de doña Pascuala Velazco y de su partida de bautismo; y fundada la acción de caducidad de la cláusula testamentaria que instituye heredero al doctor Cornejo Roselló. La Corte Superior de Arequipa, conciliando la voluntad del testador con las disposiciones del Código Civil, ha confirmado el fallo de Primera Instancia en sus partes sustanciales, declarando que el doctor Cornejo Roselló hoy su heredero, tiene derecho, con los demás legatarios, a la quinta parte de los bienes con sus frutos. Doña Julia C. de Cornejo Roselló ha interpuesto recurso de nulidad, al que se ha adherido el doctor Manuel Zerezeda Marcó del Pont, como cesionario de los derechos de los herederos de doña Pascuala Velazco, en los términos de su recurso de fs. 702.

Considero que la cuestión ha sido resuelta en justicia. Si bien, como ya se ha expuesto, el reconocimiento verificado a favor de doña Pascuala Velazco es irrevocable y al tener ésta la calidad de heredera forzosa, su preterición en el último testamento causa la caducidad de la cláusula respectiva, no puede dejarse de considerar, también, que el testador deseó voluntariamente favorecer al doctor Cornejo Roselló. Es por eso, que la caducidad de un testamento por preterición del heredero forzoso sólo opera en cuanto daña los derechos de éste, y esos derechos, de acuerdo con la legislación anterior, constituyen las 4 quintas partes de la herencia, ya que el quinto era de libre disposición, y en este quinto debe incurrir el doctor Cornejo Roselló, o quienes sus derechos representan, y los demás legatarios.

Por lo expuesto, soy de opinión que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la recurrida.

Lima, 5 de diciembre de 1955.

García Arrese

RESOLUCION SUPREMA

Lima, treinta de mayo de mil novecientos cincuentiséis.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas seiscientas ochentiocho, su fecha ocho de agosto de mil novecientos cincuenticinco, que confirmando en una parte y revocando en la otra la apelada de fojas quinientas setentiséis, su fecha trece de abril de mil novecientos cincuenticuatro, declara fundada la caducidad de la institución de heredero voluntario a favor de don Ismael Cornejo Roselló, debiendo considerarse a este como legatario, en concurrencia con los otros legatarios designados en el testamento y en la proporción de la quinta parte de los bienes; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— EGUIGUREN.— BUSTAMANTE.— GARMENDIA.— ALVA.— TELLO VELEZ.— Se publicó. Walter Ortíz Acha.— Secretario.

R. J. P.— 1971; p. 1108

ASOCIACIONES MUTUALES.— Caducidad de la Institución de beneficiario.— Deficiencia de la Ley.—

XI,13) *La designación de beneficiarios de un auxilio mutual en su calidad de herederos caduca si el otorgante de la carta mutual correspondiente deja herederos forzosos que no tenía cuando la extendió, máxime si hay prueba escrita que demuestra que su intención era la de favorecer a sus herederos legales.*

RESOLUCION SUPREMA

Exp. No. 1895/70.— Procede de Lima.

Lima, diez de junio de mil novecientos setentiuno.

Vistos; Y CONSIDERANDO: que si bien es cierto que el auxilio establecido por lo prescrito en el artículo setentisiete de sus Estatutos, también lo es que la designación de los beneficiarios, en el presente caso, la hizo don Luis Abel Rengifo Rengifo, considerando a aquellos en calidad de herederos, como expresa y textualmente consta de la Carta Mutual que, en

copia certificada corre a fojas veinticuatro vuelta, al establecer: "cuarto: que instituyo y nombro como a mis herederos del auxilio", etc.; que esta institución y designación de herederos se produjo el tres de agosto de mil novecientos cuarenticuatro cuando el otorgante recién ingresó a la Sociedad con el grado de Alférez y siendo soltero, no teniendo, en consecuencia otros herederos obligatorios que aquéllos a quienes designó; que habiendo contraído matrimonio varios años después el citado otorgante, con doña Alicia Flores Cornejo y procreado dos hijos, como se prueba con las copias certificadas de las respectivas partidas de fojas cuarentiocho, cuarentinueve y cincuenta, resulta incontrastable que la situación familiar y legal del posteriormente Comandante Rengifo, varió sustancialmente por aquellos hechos acontecidos con posterioridad al otorgamiento de la Carta Mutual; que la celebración del matrimonio y el nacimiento de los hijos de este matrimonio, modifican, a su vez, los derechos que, de haber continuado el Comandante Rengifo en estado de soltería podrían derivarse con relación a los bienes que deben trasmitirse por causa de muerte, conforme al artículo seiscientos cincuentisiete del Código Civil; que tal modificación se operó asimismo por la expresión de voluntad manifestada por el causante en el documento de fojas treintiséis, autenticado por quienes intervinieron en su otorgamiento, de fojas treintinueve a cuarentitrés, documento en el cual destina entre otras cantidades de dinero, el monto total del auxilio mutual para la educación de sus menores hijos Alina y Luis, expresión de voluntad que si no reúne los requisitos del testamento ni las formalidades reglamentarias de la Sociedad Mutualista, demuestra incontrovertiblemente su deseo; que el caso no se halla previsto en los Estatutos de la Sociedad Mutualista por lo que son de aplicación los principios generales de derecho para administrar justicia, como lo establece el artículo del Título Preliminar del Código Civil; que en armonía con tales principios y con las disposiciones legales citadas, hay que interpretar que la institución de herederos para el auxilio mutual, tuvo como fundamento esencial, en la oportunidad en que se otorgó, la inexistencia de hijos y de cónyuge que son herederos forzosos, por lo que, de acuerdo al inciso primero del artículo setecientos cincuentidós del Código Citado, ha caducado aquella institución y, consecuentemente, la Carta Mutual otorgada en aquéllas circunstancias; por las consideraciones expuestas: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas noventa su fecha once de

noviembre del año próximo pasado, en cuanto confirmando la apelada de fojas setenticinco, su fecha cuatro de setiembre del mismo año, declara fundada en parte la demanda de caducidad de documento interpuesta a fojas uno por doña María Alina Flores Viuda de Rengifo contra doña Noemí Rengifo de Alvarez y otra; y en consecuencia, caduca la carta mutual de su referencia respecto del cincuenta por ciento que correspondía a doña Antonia Rengifo Ruiz, correspondiendo tal porción a los herederos legales del causante; declararon HABER NULIDAD en la parte que confirmando la propia resolución declara sin lugar la demanda en cuanto persigue la caducidad total de la referida carta mutual; reformando la primera y revocando la segunda, en este extremo: declararon fundada la mencionada demanda, y, en consecuencia caducada en su integridad la carta mutual antes referida, correspondiendo por lo mismo el íntegro del beneficio mutual a los herederos legales del causante don Luis Rengifo Rengifo, su esposa, la actora y sus hijos Luis Antonio y Alicia Rengifo Flores; sin costas y los devolvieron.— Núñez Valdivia.— Ballón-Landa.— León Montalbán.— García Calderón.— Se publicó conforme a ley.— Fausto Viale Salazar.— Secretario General.

Por los fundamentos de la sentencia de vista de fojas noventa; y CONSIDERANDO además las disposiciones del Estatuto de la Sociedad Mutualista sobre carta mutual contenidas en los artículos setentiséis al ochenta y la del artículo ochentiuno que dispone que el auxilio sea entregado a los beneficiarios "pues el auxilio no es herencia", como precisa el artículo setentisiete del mismo Estatuto: MI VOTO es porque se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista que confirmando la apelada, declara caduca la institución de beneficiario solamente en el cincuenta por ciento que correspondió a la madre fallecida antes que el socio; con lo demás que contiene; y los devolvieron.— Llosa Ricketts.— Se publicó conforme a ley.— Fausto Viale Salazar.— Secretario General.

R. J. P.– 1946; p. 519

XI,14) Caducidad de institución de herederos

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Acreditado el nacimiento de los menores María Luisa, Leonor Teresa y Edgard Modesto Pacheco Echegaray, debidamente reconocidos por el padre don Miguel Isaac Pacheco, lo cual aparece de las partidas que se presentaron al pedir la declaratoria de herederos del último; y habiéndose producido ese nacimiento muchos después de que el referido don Miguel Pacheco, otorgara el testamento cuya copia certificada corre a fs. 21, es evidente que la institución de herederos, hecha en aquel acto, caducó por aplicación de lo establecido en el inciso primero del art. 752 del Código Civil.– Hay que tener en cuenta no sólo la razón de tiempo, sino la necesidad de proveer a la sucesión correspondiente, la cual sólo puede hacerse siguiendo las normas fijadas en el Código de Procedimientos Civiles, sin que sea necesario pedir la nulidad del testamento, que es válido en todo aquello que no se refiera a la sucesión misma, vale decir a la designación de sus herederos.– El procedimiento debe continuar debiendo el Juez apreciar el mérito de los instrumentos que acreditan el entroncamiento, entre los cuales puede figurar el testamento mismo que contiene una cláusula destinada a declarar quiénes son sus hijos legítimos.– Se comprende que en 1933, fecha del testamento, no podía hacer alusión a los hijos que procreó en tiempo posterior. Estos no tienen por qué perder el derecho que les reconoce la ley, y, según se ve en el expediente, cuentan con el apoyo de sus hermanos (los hijos legítimos) que han dejado bien claro su pensamiento en el sentido de reconocerles derecho a heredar al padre común, en la forma y proporción correspondiente.

Por las razones expuestas y las que aparecen del voto discordante de los Sres. Vocales Guillén y Casafranca (fs. 36 v.), opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que hay nulidad en el auto de vista de fs. 36; reformarlo, revocar el de primera instancia de fs. 25, y mandar que continúe la tramitación en forma legal hasta que se haga la declaratoria de herederos de don Miguel Isaac Pacheco, cuya partida de defunción corre en autos.

Salvo mejor parecer.
Lima, nueve de julio de 1946.

Calle.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinte de julio de mil novecientos cuarentiséis.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas treintiséis, su fecha doce de enero último: reformándola, y revocando la apelada de fojas veinticinco, su fecha tres de enero de mil novecientos cuarenticuatro: mandaron que continúe la tramitación de la causa con arreglo a ley hasta que se haga la declaratoria de herederos de don Miguel Isaac Pacheco; y los devolvieron.— Ss. Portocarrero.— Samanamud.— Lainez Lozada.— Serpa.— Cancino.— Se publicó.— Jorge Vega García.

ANALES JUDICIALES.— 1965; p. 77

XI,15) *En la acción de nulidad de testamento es indispensable acreditar la muerte del testador.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Primer Juzgado en lo Civil de Huamanga, por sentencia de fs. 85, ha declarado infundada la demanda, interpuesta por doña Dionisia Ciprián Márquez Vda. de Muñoz, contra doña Florisa Cordero Hernando y otra, sobre nulidad y falsedad de testamento. Apelada dicha sentencia, el Tribunal Superior, por la de vista de fs. 103, la revocó, declarándola fundada. Contra esta resolución, se ha interpuesto recurso de nulidad.

Por recurso de fs. 2, doña Dionisia Ciprián Márquez vda. de Muñoz, interpone demanda contra doña Claudia Muñoz Velarde y contra doña Florisa Cordero Hernando, instituidas, heredera y albacea respectivamente, por doña Gertrudis Velarde Ayma vda. de Ciprián, para que se declare la nulidad y

falsedad del testamento otorgado por la nombrada causante, con fecha 3 de Abril de 1962, por ante el Notario Público, don Francisco J. Mavila, en que instituyó única heredera y albacea a las demandadas, fundándola en que, la testadora, al tiempo de otorgar el referido testamento, adolecía de enfermedad mental, que se hallaba influenciada por las demandas y que, ha mediado acto doloso, para el otorgamiento de dicho instrumento. Las demandadas, por su recurso de fs. 11, niegan, categóricamente, los fundamentos de la demanda y la contradicen, en todas sus partes. Apreciando la prueba actuada, puede darse por acreditados los fundamentos de la acción; pues, con el mérito de la certificación médica de fs. 77, se ha probado que, la testadora, tres días después de haber otorgado su testamento, fue internada en un nosocomio, a consecuencia de la enfermedad mental de la que adolecía, hecho que está corroborado, con el mérito de la confesión de la demandada Claudia Muñoz Velarde, en la diligencia de fs. 44, absolviendo el interrogatorio de fs. 33, en que admite la citada anormalidad mental de la citada causante, y con la constancia dejada por el Juez Instructor y el Agente Fiscal, en la diligencia que corre copiada a fs. 52. Además, con la propia declaración de los testigos, Marcial Quintanilla a fs. 38 y Leopoldo Arbayza, a fs. 42, se ha establecido que, estas personas, no obstante ser empleados y escribientes del Notario Mavila, ante quien se otorgó el testamento, cuya nulidad se solicita, intervinieron como testigos instrumentales en dicho testamento, con lo que, se ha infringido expresa disposición de la ley, que contribuye a anular la validez de dicho instrumento.

En atención a tales razones, este Ministerio, es de opinión que, se declare, NO HABER NULIDAD, en el fallo recurrido que, revocando el apelado, declara fundada la demanda de nulidad y falsedad del testamento otorgado por doña Gertrudis Velarde Ayma Vda. de Ciprián.

Lima, 14 de Abril de 1965.

Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintitrés de Abril de mil novecientos sesenticinco.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal y considerando: que el testamento es un acto jurídico que sólo adquiere virtualidad al fallecimiento del testador; que por consiguiente es indispensable al demandar su nulidad la

prueba de la muerte del causante; que en autos no se ha acreditado que doña Gertrudis Velarde Ayma viuda de Ciprián haya fallecido: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento tres, su fecha veintitrés de Noviembre de mil novecientos sesenticuatro, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas ochenticinco, su fecha viente de Julio del mismo año, declara fundada la demanda de nulidad de testamento interpuesta a fojas dos por doña Dionisia Cipriana Márquez viuda de Muñoz contra doña Florisa Cordero Hernando y. otra; reformando la recurrida y revocando la apelada declararon improcedente dicha demanda; sin costas; y los devolvieron.– Maguiña.–Eguren Bresani.– Gazats.– Del Castillo.– Mediana Pinon.– Se publicó conforme a ley.– Lizandro Valderrama, Secretario.

Causa No. 917/64. Procede de Ayacucho.

R. J.P.– 1954; p. 470

TESTAMENTO.– Su caducidad.

XI,16) *1.– Caduca el testamento en cuanto daña los derechos hereditarios del heredero forzoso, quien tenía tal calidad por ser hijo adoptivo de la testadora.*

2.– La adopción no puede ser revocada por el adoptante en su testamento, sino por declaración judicial salvo el derecho que tiene el adoptante a desheredar al adoptado si existe causa legal.

3.– El hijo adoptivo es heredero forzoso del adoptante y su derecho hereditario es el que le corresponde a un hijo legítimo.

4.– Producido el fallecimiento del adoptante los presuntos herederos de éste en sustitución del hijo adoptivo, carecen de derecho para promover acción destinada a conseguir la revocatoria de la adopción.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 660/52.– Procede de Lima.

Señor:

Doña Agripina Durán Terry, adoptó en Diciembre de 1940,a don Roger Alberto Fajardo, según es de verse del testimonio de fs. 1..Posteriormente, por escritura pública de 21 de noviembre de 1943, que en copia notarial corre a fs 6, otorgó su testameto, revocando dicha adopción y legando sus bienes a su

sobrina doña Norka Terry Márquez y a las Madres Salesianas y las ciudades de Moquegua y Huaraz.

Don Roger Alberto Fajardo, ha demandado la nulidad no sólo de la cláusula que revoca la adopción sino también de todo el testamento por infracción de las formalidades legales.

Doña Norka Terry de Pastor contradijo la demanda a fs. 18 y reconvino para que se declare la nulidad de la adopción.

Tramitada la causa, el Juzgado de Primer Instancia en la sentencia de fs. 145 ha declarado sin lugar la reconvención, sin lugar la acción de nulidad del testamento y caduco éste en cuanto daña los derechos del demandante, anulando la cláusula segunda de dicho acto jurídico. Esta sentencia ha sido confirmada por la vista de fs. 213 vta., de la que recurre doña Norka Terry de Pastor.

La cláusula segunda del testamento de doña Agripina Durán Terry que revoca la adopción del demandante, es nula porque, conforme al art. 342 del C.C.la revocatoria de la adopción sólo puede ser declarada judicialmente por ingratitud del adoptado si la hace vales el adoptante.

El demandante tiene la condición de heredero forzoso, de manera que importando la revocatoria materia de la demanda la preterición de aquel, caduca el testamento en cuanto daña sus derechos, como lo establece el art. 753 del acotado.

La reconvención carece de fundamento legal, pues de acuerdo con el precitado art. 342 la acción para revocar la adopción no puede interponerla tercera persona.

Por las razones expuestas, opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

LIma, 24 de octubre de 1952

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diecisiete de setiembre de mil novecientos cicnuentitrés.

Vistos: por los fundamentos pertinentes del dictamen del Señor Fiscal:

declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientas trece vuelta, su fecha seis de agosto de mil novecientos s cincuentidós, que confirmando la apelada de fojas ciento cuarenticinco, su fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos cincuentiuno declara fundada en parte la demanda de fojas nueve y en consecuencia nula la clásula segunda del testamento de doña Agripina Durán Terry y caduco dicho testament o en cuanto daña los derechos del demandante don Roger Alvarez Fajardo en su condición de hijo adoptivo de la testadora; sin lugar la acción de nulidad del testamento e infundada la reconvención; con lo demás que contiene, condenaron en las costas del recurso y la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Sayán Alvarez.— Checa.— Maguiña Suero.— Valverde.— Serpa.— Se publicó Dagoberto Ojeda del Arco. Secretario.

R.J.P. 196 2p. 1339
CADUCIDAD DE CLAUSULAS TESTAMENTARIAS.— Legimitación.— Matrimonio Nulo.

XI,17) *1.— Las disposiciones testamentarias deben examinarse de acuerdo con las leyes vigentes al momento del fallecimiento del causante.*
2.— El sugsiguiente matrimonio de los padres legitima a los hijos, aún cuando resulte nulo, siempre y cuando uno de los cónyuges tuvo buena fé. La mala fé debe probarse.

Lima, mayo veintiuno de mil novecientos sesentiséis.

Vistos; con el incidente de tachas de documentos; resulta de autos: que a fojas trece don Eduardo de la Casas Colán, por su propio derecho y por don Enrique de las Casas Colás, doña Esperanza de las Casa Colán, doña Blanca de las Casas Colán de Zela, doña Elvira de las Casas Colán viuda de La Serna, y Oscar de las Casas Colán, por su propio derecho, interponen demanda en vía ordinaria contra doña Teresa Pasquel viuda de Las Casas, doña Teresa de las Casas Paquel de Gonzáles y don Jaime de las Casas Pasquel, para que con relación al testamento otorgado en la Notaría del Doctor Daniel Céspedes por don Enrique de las Casas Arriz el primero de diciembre de mil novecientos cincuentiocho, se declare: la nulidad de las cláusulas sexta, sétima, octava y novena del referido testamento, de acuerdo con los fundamentos de hechos y

de derecho expuestos en el escrito de demanda; a fojas veintidós absuelven el trámite de contestación a la demanda doña Teresa Pasquel viuda de las Casas, por sus propio derecho y como apoderada de sus hijos doña Teresa de las Casas, por su propio derecho y como apoderada de sus hijos doña Teresa de las Casas Pasquel de Gonzáles y Jaime de las Casas Pasquel; a fojas veinticuatro se recibe la causa de prueba por el término de ley; pedidos los autos para sentencia ha llegado el caso de expedirla; CONSIDERANDO: que don Enrique de las Casas Arriz y doña Petronila Colán Chirre, contrajeron enlace el quince de abril de mil novecientos diecinueve por ante el Concejo Provincial de Chancay, según lo acredita la partida de los Tegistros del Estado Civil, corriente a fojas cuarenticinco, habiendo procreado en esta unión a don Oscar, doña Juana Esperanza, Doña Elvira, doña Blanca Aurora, don Enrique Augusto y don Angel Eduardo de las Casas Colán, conforme aparecen de las partidas que obran de fojas cuarentiséis a fojas cincuentiuno; que a mérito de la sentencia expedida por el Primer Juzgado Civil de esta Capital, actuario César Holguín, de cuatro de abril de mil novecientos treintiuno, aprobada por la de vista de cinco de mayo del mismo año, inserta en la certificación de fojas cincuentidós, quedó disuelto el expresado matrimonio, contrayendo don Enrique de las Casas segundas nupcias con doña Teresa Pasquel Cáceres en veintiocho de mayo de mil novecientos treintiuno, acreditado por la partida que en fotostática corre a fojas veintinueve; que con anterioridad a esta unión y estando aún vigente el anterior matrimonio fueron procreados doña Teresa y don Jaime de las Casas Pasquel, nacidos el veintiuno de diciembre de mil novecientos veinticuatro y veintiuno de diciembre fe mil novecientos veintisiete, respectivamente; que habiéndose, pues, producido la concepción de los hijos antes nombrados en tiempo en que su progenitor tenía impedimento para casarse, el subsiguiente matrimonio de sus padres no les confiere la condición de legitimados, de acuerdo con lo que prescribe el artículo trescientos quince del Código Civil y, por lo mismo, su cuota hereditaria debe regularse con arreglo a lo que dispone el artículo setecientos sesentidós del mismo código; que para enercar los efectos de esta situación legal, invoca la parte demandada la existencia de un matrimonio eclesiástico realizado el dos de julio de mil novecientos veintidós, bajo cuya vigencia habría tenido lugar el nacimiento de los hijos frutos de esa unión, arguyendo que tal enlace quedó pleno y totalmente válido al no haberse intentado en ningún momento la acción de nulidad que hubiere correspondido y que, aún

de haber sido declarada la invalidez del acto, la legitimidad de los hijos estaría amparada por el artículo ciento setentiuno el Código Civil de mil novecientos cincuentidós; que la prueba actuada en apoyo de esa pretensión, consistente en los documentos parroquiales corrientes de fojas dieciocho a fojas veintiuno no conducen al resultado propuesto, pues, según se advierte de su contenido se contraen a certificar la realización de un matrimonio secreto que se habría efectuado el dos de julio de mil novecientos veintidós en la capilla privada del Convento de la Recoleta e inscrito supletoriamente el veintitrés de abril de mil novecientos sesentidós o sea con posterioridad al fallecimiento de presunto cónyuge y estando ya en trámite el presente juicio, no obstante lo cual la sustanciación llevada a cabo ante el Juez Eclesiástico se hace sin citación de los herederos testamentarios directamente afectados; que, además, llevando consigo la presentación de tales instrumentos, un reclamo relativo a los efectos civiles del matrimonio, hubiera sido preciso que el acto estuviera inscrito en los Registros del Estado Civil, conforme lo requiere el artículo ciento veintisiete del expresado Cuerpo de Leyes; que aún en el supuesto de haberse celebrado efectivamente aquellas nupcias ello no conferiría a los hijos de calidad de legitimados porque tal ceremonia resultaría verificada con el impedimento dirimente a que se refiere el inciso quinto del artículo ciento cuarentidós del Código abrogado, y, porque la circunstancia de haberse llevado a efecto secretamente y mantenido en ese estado hasta después de iniciada la presente acción, elimina la presunción de buena fe en ambos contrayentes pues cabe inferir que ese propósito obedecía al convencimiento que tenía la demandada de la invalidez del actor, y no puede en tales circunstancias funcionar la disposición del artículo ciento setentiuno del mismo Código; que en cuanto a los bienes, no existe en autos prueba alguna que acredite la afirmación de la demandada de haber comprado el terreno de la calle Sucre a su nombre con el producto de sus ahorros, por lo que subsiste la declaración hecha por don Enrique de las Casas Arriz en las cláusulas quinta y sexta de su anterior testamento de veintiuno de julio de mil novecientos cincuentidós, que en copia obra a fojas cincuenticuatro, aceptado en lo referente a la construcción por la parte demandada al contestar la acción a fojas veintidós, de lo que resulta que la casa número cuatrocientos cuarentiuno del expresado jirón del Distrito de MIraflores por haber sido

adquirido por el causante con el producto de la venta de sus derechos sobre el fundo "La Huaca" tiene la misma condición de éste o sea el de propio del testador conforme a lo que dispone el artículo ciento ochentiséis del Código Civil vigente; que confrontadas las situaciones que se dejan examinadas con el testamento impugnado corriente en copia a fojas cuatro fluye que conforme a lo que dispone el artículo setecientos cincuentitrés de la referida codificación actual han caducado las disposiciones de las cláusulas sexta y sétima en cuanto por ellas declara el testador como bien común de la sociedad conyugal De las Casas-Pasquel el expresado inmueble del Jirón Sucre, así como las octava y novena al nivelar a los hijos del primer matrimonio con los del segundo, asignando a éstos la condición de legitimados y verificar la partición bajo tales supuestos, que en cambio, conservan su eficacia las citadas cláususlas sétima y novena en la parte en que adjudica a la cónyuge supérsite el tercio de libre disposición con cargo a determinados bienes e institu[illegible] una mejora en favor de sus hijos doña Teresa y don Jaime de las Casas Pasquel, por encontrarse tal manifestación de voluntad amparada por la facultad que conceden los artículos setecientos y setecientos siete del acotado, debiendo entenderse este último beneficio dentro de la limitación impuesta por la última parte del artículo setecientos ocho y con el reintegro que en su caso corresponda en aplicación de lo que prescribe el artículo setecientos once; que la masa partible queda así constituida por los siguientes inmuebles números: cuatrocientos cuarentiuno de jirón Sucre del Distrito de Miraflores; ciento setentiocho al ciento ochentiséis del Jirón Estados Unidos del Distrito de Pueblo Libre; ciento cuarentiocho al ciento cincuentidós del Pasaje San Luis del Distrito de Lince y terreno del jirón Apurímac de la Provincia del Callao; que estos bienes deben repartirse entre los herederos designados en la cláusula cuarenta del referido testamento con arreglo a las prescripciones legales que se dejan anotadas, empero, habiendo dejado hecha la partición el causante, corresponde sólo rectificarse ésta en la parte de que se hubiese dispuesto de más de lo que permite la ley, conforme lo dispone el artículo setecientos ochentiocho del mencionado Código Civil; y que, aún cuando por lo expresado en las anteriores consideraciones se estima carentes de eficacia la partida de fojas diecinueve y el documento de fojas veinte, sin embargo, ello no es por sí solo suficiente para declarar en este fuero su nulidad o falsedad; Por estas consideraciones; FALLO; declarando fundada en parte la demanda de fojas trece; sin lugar la tacha de nulidad y falsedad formula en el cuaderno que se tiene a la vista, y en consecuencia, que ha caducado el testamento de

don Enrique de las Casas Arriz, a que se contrae la copia que obra a fojas cuatro en sus cláusulas octava y novena en cuanto nivela a los hijos del primer matrimonio con los del segundo, asignando a éstos la condición de legitimados, por corresponderles la de ilegítimos y verificar la partición de sus bienes bajo estos supuestos y las cláusulas sexta y sétima en cuanto por ellas se declara como bien común de la sociedad conyugal De las Casas-Pasquel el inmueble del Jirón Sucre número cuatrocientos cuarentiuno, que tiene la calidad de propio del testador; que consecuentemente debe rectificarse la partición a fin que de previa valorización de los bienes que se dejan relacionados, la herencia se distribuya en la siguiente forma: un tercio para la cónyuge supérstite por la cuota de libre disposición y de los dos tercios restantes dos dieciséis avas partes a cada uno de los hijos legítimos don Oscar, doña Juana Esperanza, doña Elvira, doña Blanca Aurora, don Enrique Augusto y don Angel Eduardo de las Casas Colán; una dieciséis ava parte a cada uno de los ilegítimos doña Teresa y don Jaime de las Casas Pasquel y dos dieciséis avas partes a la expresada cónyuge por su legítima; sin perjuicio de la mejora instituida por el testador a favor de los nombrados hijos ilegítimos, siempre que se mantenga dentro de la proporción establecida por el artículo setecientos sesentidós del Código Civil; debiendo hacerse efectivas las psoiciones sucesorias a los herederos con los bienes a ellos adjudicados por el testador, devolviéndose a la masa la diferencia para el incremento de las legítimas; que dando así en lo pertinente resueltos los cinco puntos de la demanda; sin lugar la misma en lo demás que contiene; sin costas.— Leonidas Vasallo Ch.

SENTENCIA DE VISTA

Lima, junio dos de mil novecientos sesentisiete.

Vistos, con el cuaderno de tacha; con las instrumentales presentadas en esta Instancia; por sus fundamentos pertinentes, y considerando; que don Enrique Luis de las Casas Arriz, no obstante estar vigente su matrimonio civil con doña Petronila Colán, fojas 45, el dos de junio de mil novecientos veintidós, contrajo matrimonio religioso con doña María Teresa Pasquel Cáceres; que a tenor de lo dispuesto por los artículos ciento cuarentidós y ciento sesenta del Código Civil anterior, el segundo matrimonio es nulo;

adquirido por el causante con el producto de la venta de sus derechos sobre el fundo "La Huaca" tiene la misma condición de éste o sea el de propio del testador conforme a lo que dispone el artículo ciento ochentiséis del Código Civil vigente; que confrontadas las situaciones que se dejan examinadas con el testamento impugnado corriente en copia a fojas cuatro fluye que conforme a lo que dispone el artículo setecientos cincuentitrés de la referida codificación actual han caducado las disposiciones de las cláusulas sexta y sétima en cuanto por ellas declara el testador como bien común de la sociedad conyugal De las Casas-Pasquel el expresado inmueble del Jirón Sucre, así como las octava y novena al nivelar a los hijos del primer matrimonio con los del segundo, asignando a éstos la condición de legitimados y verificar la partición bajo tales supuestos, que en cambio, conservan su eficacia las citadas cláususlas sétima y novena en la parte en que adjudica a la cónyuge supérsite el tercio de libre disposición con cargo a determinados bienes e institu[illegible] mejora en favor de sus hijos doña Teresa y don Jaime de las Casas Pasquel, por encontrarse tal manifestación de voluntad amparada por la facultad que conceden los artículos setecientos y setecientos siete del acotado, debiendo entenderse este último beneficio dentro de la limitación impuesta por la última parte del artículo setecientos ocho y con el reintegro que en su caso corresponda en aplicación de lo que prescribe el artículo setecientos once; que la masa partible queda así constituida por los siguientes inmuebles números: cuatrocientos cuarentiuno de jirón Sucre del Distrito de Miraflores; ciento setentiocho al ciento ochentiséis del Jirón Estados Unidos del Distrito de Pueblo Libre; ciento cuarentiocho al ciento cincuentidós del Pasaje San Luis del Distrito de Lince y terreno del jirón Apurímac de la Provincia del Callao; que estos bienes deben repartirse entre los herederos designados en la cláusula cuarenta del referido testamento con arreglo a las prescripciones legales que se dejan anotadas, empero, habiendo dejado hecha la partición el causante, corresponde sólo rectificarse ésta en la parte de que se hubiese dispuesto de más de lo que permite la ley, conforme lo dispone el artículo setecientos ochentiocho del mencionado Código Civil; y que, aún cuando por lo expresado en las anteriores consideraciones se estima carentes de eficacia la partida de fojas diecinueve y el documento de fojas veinte, sin embargo, ello no es por sí solo suficiente para declarar en este fuero su nulidad o falsedad; Por estas consideraciones; FALLO; declarando fundada en parte la demanda de fojas trece; sin lugar la tacha de nulidad y falsedad formula en el cuaderno que se tiene a la vista, y en consecuencia, que ha caducado el testamento de

don Enrique de las Casas Arriz, a que se contrae la copia que obra a fojas cuatro en sus cláusulas octava y novena en cuanto nivela a los hijos del primer matrimonio con los del segundo, asignando a éstos la condición de legitimados, por corresponderles la de ilegítimos y verificar la partición de sus bienes bajo estos supuestos y las cláusulas sexta y sétima en cuanto por ellas se declara como bien común de la sociedad conyugal De las Casas-Pasquel el inmueble del Jirón Sucre número cuatrocientos cuarentiuno, que tiene la calidad de propio del testador; que consecuentemente debe rectificarse la partición a fin que de previa valorización de los bienes que se dejan relacionados, la herencia se distribuya en la siguiente forma: un tercio para la cónyuge supérstite por la cuota de libre disposición y de los dos tercios restantes dos dieciséis avas partes a cada uno de los hijos legítimos don Oscar, doña Juana Esperanza, doña Elvira, doña Blanca Aurora, don Enrique Augusto y don Angel Eduardo de las Casas Colán; una dieciséis ava parte a cada uno de los ilegítimos doña Teresa y don Jaime de las Casas Pasquel y dos dieciséis avas partes a la expresada cónyuge por su legítima; sin perjuicio de la mejora instituida por el testador a favor de los nombrados hijos ilegítimos, siempre que se mantenga dentro de la proporción establecida por el artículo setecientos sesentidós del Código Civil; debiendo hacerse efectivas las psoiciones sucesorias a los herederos con los bienes a ellos adjudicados por el testador, devolviéndose a la masa la diferencia para el incremento de las legítimas; que dando así en lo pertinente resueltos los cinco puntos de la demanda; sin lugar la misma en lo demás que contiene; sin costas.— Leonidas Vasallo Ch.

SENTENCIA DE VISTA

Lima, junio dos de mil novecientos sesentisiete.

Vistos, con el cuaderno de tacha; con las instrumentales presentadas en esta Instancia; por sus fundamentos pertinentes, y considerando; que don Enrique Luis de las Casas Arriz, no obstante estar vigente su matrimonio civil con doña Petronila Colán, fojas 45, el dos de junio de mil novecientos veintidós, contrajo matrimonio religioso con doña María Teresa Pasquel Cáceres; que a tenor de lo dispuesto por los artículos ciento cuarentidós y ciento sesenta del Código Civil anterior, el segundo matrimonio es nulo;

empero en estos casos, produce sus efectos civiles respecto de los esposos e hijos si se contrajo de buena fe, conforme lo establecen los artículos ciento setenta y ciento setentiuno del código citado; que para la aplicabilidad de los artículos mencionados, reproducidos por el artículo ciento cincuentisiete del Código Civil vigente, es requisito que uno de los contrayentes o ambos hayan obrado de buena fe, que según la partida de fojas diez y nueve el matrimonio con la señora Pasquel Cáceres fue inscrito en el "Libro de Matrimonios Secretos", que se conserva en los Archivos de la Cancillería del Arzobispado de Lima; que la calidad de oculto o secreto o de conciencia de un matrimonio religioso, según el Decreto Canónico no afecta su validez; que en el caso de autos bien puede deducirse que la señora Pasquel Cáceres estuviera enterada del impedimento de parte de don Enrique de las Casas, pero el secreto del matrimonio puede ser solicitado, sólo por uno de los contrayentes con ignorancia del otro; que de otro lado la buena fe se presume, mientras la mala, debe probarse, que no se acreditado que la demandada haya contraído nupcias con el causante a sabiendas de que éste era casado con la señora Colán, ni que dicho matrimonio estaba vigente; que no cabe deducirse que obró a sabiendas, porque en este orden, caben diferentes deducciones respecto de la conducta del otro contrayente, o ninguna con relación a ambos, si se tiene en cuenta que los matrimonios secretos se basan en la omisión de ciertas formalidades pero no en el desconocimiento de impedimentos que afectan su esencia; que el último párrafo del artículo ciento cincuentisiete del Código Civil de mil novecientos treintiséis dice que el error de derecho no perjudica a la buena fe y aunque esto resulta tautológico, bien puede, siguiendo el camino de las deducciones, atribuir a De las Casas haber padecido de error de derecho al contraer el segundo matrimonio, desde que en esa época, según la ley del veintitrés de diciembre de mil ochocientos noventisiete, el matrimonio civil estaba reservado únicamente para los no católicos, que en conclusión debe considerarse que el matrimonio celebrado por De las Casas y la Pasquel, produce sus efectos civiles respecto de los hijos, quienes tienen por consiguiente, la calidad de hijos legítimos; que De las Casas después de divorciarse de la señora Colán, fojas cincuentidós, contrajo matrimonio civil con la señora Pasquel Cáceres el veintiocho de mayo de mil novecientos treintiuno, fojas treinta, por lo que tiene la condición de esposa legítima; que no se ha acreditado que doña Teresa Pasquel de De las Casas haya adquirido con sus ahorros el terreno del inmueble de la calle Sucre, ni

tampoco se ha probado que la construcción se haya hecho con dinero propio del causante; que cualquier duda al respecto puede despejarse con la cláusula sexta del testamento de mil novecientos cincuentiocho, fojas cuatro, en que el causante en forma expresa, declara que la casa de la calle Sucre es bien común; y, por lo tanto, con arreglo al artículo ciento ochenticinco del Código Civil, debe presumirse, que el indicado inmueble tiene dicha calidad; que los demás extremos de la demanda, están condicionados a la nulidad de las cláusulas testamentarias; revocaron la sentencia de fojas setenta, su fecha veintiuno de mayo de mil novecientos sesentiséis en cuanto declara fundada en parte la demandada fojas trece y que en consecuencia ha caducado el testamento de don Enrique de las Casas Arriz en sus cláusulas sexta, sétima, octava y novena; Declararon infundada la demanda con respecto a esos puntos; la confirmación en lo demás que contiene; y lo devolvieron.— TORRES MALPICA.— CORDOVA.— GADEA.— Se publicó.— LENGUA.— Secretario.

DICTAMEN FISCAL

Exp. No. 507/67.— Procede de Lima.

Señor:

Se recurre de la sentencia de vista de fojas noventiuna, en la parte que revocando la apelada que declaró fundada en parte la demanda de fojas trece y que en consecuencia ha caducado el testamento de don Enrique de las Casas Arriz en sus cláusulas sexta, séptima, octava y novena, declara infundada la demanda con respecto a esos puntos, confirmado la apelada en lo demás que contiene, en los seguidos por don Eduardo de las Casas Colán y otros contra doña Teresa Pasquel viuda de las Casas y otros, sobre división y partición y caducidad de cláusulas testamentarias.

Encuentro arreglada a ley la sentencia de Primera Instancia. Está acreditado que estando en vigencia el matrimonio civil de don Enrique Lino de las Casas Arriz con doña Petronila Colán Chine, contraído el quince de abril de mil novecientos diecinueve ante el Concejo Provincial de Chancay (partida de fojas cuarenticinco), aquel contrajo matrimonio religioso con doña Teresa Pasquel Cáceres el veintidós de julio de mil novecientos veintidós (partida de fojas diecinueve y veinte), habiendo nacido de este último

matrimonio doña Teresa y don Jaime de las Casas Pasquel a quienes no se les puede considerar como hijos legitimados porque, todavía, cuando nacieron, su padre don Enrique de las Casas Arriz, tenían impedimento para casarse. Funciona el Artículo trescientos quince del Código Civil. No teniendo doña Teresa y don Jaime de las Casas Pasquel la condición de hijos legitimados, no puede considerárseles con la misma calidad y vocación hereditaria que a los hijos nacidos del matrimonio de las Casas Colán, y por consiguiente, tampoco pueden tener una participación igual en los bienes. Procede, así mismo, incluir dentro de la masa hereditaria partible los inmuebles ubicados en la calle Sucre del distrito de Miraflores; estando al mérito de la afirmación hecha por don Enrique de las Casas, en las cláusulas quinta y sexta del testamento, cuya copia corre a fojas cincuenticuatro, esto es, que los adquirió con el producto de la venta de sus derechos sobre el fundo "La Huaca", afirmación que no ha sido desvirtuada por los demandados y que es muy anterior a la contenida en el testamento de fojas cuatro.

HAY NULIDAD en la recurrida, debe confirmarse la apelada en todos sus extremos.

Salvo mejor parece.

Lima, 10 de Julio de 1968.

Ponce Sobrevilla.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintisiete de agosto de mil novecientos sesentiocho.

Vista; con lo expuesto por el señor Fiscal; por los fundamentos pertinentes de la resolución recurrida; y considerando, además: que habiendo otorgado don Enrique de las Casas Arriz su testamento en fecha primero de diciembre de mil novecientos cincuentiocho y producídose su fallecimiento el cuatro de enero de mil novecientos sesentidós, bajo el imperio del Código Civil vigente, que establece que el subsiguiente matrimonio legitima a los hijos aunque sea nulo, si uno de los cónyuges, por lo menos, tuvo buena fe al tiempo de celebrarlo; que no se ha acreditado legalmente en autos la mala fe de los contrayentes al realizar el segundo enlace, por lo que conservan su validez las cláusulas impugnadas del referido testamento: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas noventiuno su fecha desde junio de mil novecientos sesentisiete, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas setenta, su fecha veintiuno de mayo de

mil novecientos sesentiséis, declara infundada la demandada de nulidad de cláusulas testamentarias interpuesta a fojas trece por don Eduardo de las Casas Colán y otros contra doña Teresa Pasquel de de las Casas y otros; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Maguiña Suero.— Vivanco.— Alarcón.— Peral.— Carranza.— Se publicó.— Tudela Valderrama.— Secretario General.

ANALES JUDICIALES.— 1962; p. 38

XI,18) *Siendo la cónyuge heredera forzosa, conforme a lo dispuesto en el Art. 760 del C.C., instituirla como usufructuaria y no como heredera, comporta una preterición, y por lo mismo el testamento es nulo en cuanto vulnera su derecho.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Petronila Guerra viuda de Hernández no satisfecha con el testamento de su marido don Tiburcio Hernández, que en boleta correa a fs. 41 y copia simple a fs. 10, reclama de él, interponiendo demanda y pidiendo su nulidad en la parte que no la declara heredera sino usufructuaria de los bienes de la testamentaría, parte de los cuales fueron adquiridos durante la sociedad legal y que los reputa como comunes, correspondiéndole, por lo tanto a ella el 50o/o. Su derecho de heredera forzosa, ya que dicha memoria se otorgó bajo el imperio del nuevo C.C., en 1960, no puede ser preterido. En el fondo, demuestra que no está contenta con el usufructo. Quiere que se le restablezca en sus derechos, relativos a heredera forzosa, conforme al Art. 760 del C.C. Está en razón la demandante, porque su derecho de heredera forzosa prima al de usufructuaria. Renuncia a este último para ampararse en el primero. De aquí, que el testamento en referencia adolezca de nulidad, tal como lo ha dejado establecido la sentencia de primera instancia de fs. 29, de mayo de 1961, que declara fundada la demanda, y en consecuencia la caducidad de dicho testamento; debiendo la demandante concurrir a la herencia en unión de los hijos ilegítimos del testador, Julio y Flor de María y recibir la parte proporcional que le corresponde, sin que para ello debe prevalecer el usufructo.

Opino, en consecuencia, se declare HABER NULIDAD en la recurrida de fs. 47v. revocatoria de la apelada; reformando la primera, procede confirmar la segunda.

Lima, 18 de mayo de 1962.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, ocho de junio de mil novecientos sesentidós.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuarentisiete vuelta, su fecha treinta de noviembre de mil novecientos sesentiuno, que revocando la apelada de fojas veintinueve, su fecha veinte de mayo del mismo año, declara infundada la demanda de caducidad de testamento interpuesta a fojas una por doña Petronila Guerra viuda de Hernández contra don Julio Hernández Tataje y otra; reformándola: confirmaron la de primera instancia que declara fundada dicha demanda; y en consecuencia, la caducidad del testamento otorgado por don Tiburcio Hernández en cuanto daña los derechos de su esposa doña Petronila Guerra de Hernández; con lo demás que contiene; y los devolvieron.— Sayán Alvarez.— Maguiña Suero.— Cebreros.— Valdez Tudela.— García Rada.— Se publicó conforme a ley.— Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa No. 1401/62.— Procede de Lima.

R. J. P.- 1956; p. 670

CADUCIDAD DEL TESTAMENTO

XI,19) *Si un testamento fue otorgado antes que contrajera matrimonio el testador, dicho testamento no caduca íntegramente, sino en la parte que daña los derechos hereditarios de la cónyuge, que fue preterida por lo mismo que todavía no era heredera al tiempo del otorgamiento del testamento.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 418/52.— Procede de Lima.

Señor:

En el presente juicio seguido por doña Rosa Neyra viuda de Aranguren con doña Adelaida Aranguren de Mayorga y otros sobre declaratoria de herederos, por auto de fs. 131 vta. se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por el apoderado de la demandante contra la sentencia de vista de fs. 127, que confirmando la de Primera Instancia de fs. 86 y auto ampliatorio de fs. 92, declara fundada, en parte, la demanda de fs. 3 aclarada a fs. 38, a la que se ha adherido don Rodolfo Aranguren a fs. 11 y 40.

Con la partida de fs. 2 se ha acreditado que el 16 de setiembre de 1,933 don Abelardo Aranguren contrajo matrimonio con doña Rosa Neyra y con el mérito de este instrumento público la demandante ha probado que ha caducado la institución de herederos que el primero había hecho en el testamento de 9 de octubre de 1,925, que en copia certificada obra a fs. 5, según lo dispone el inciso 1o. del art. 752 del C.C. ya que dicho testamento fue otorgado antes del matrimonio del testador y cuando no tenía heredero forzoso. Si bien es verdad que la demanda es fundada, en parte, de conformidad con la disposición citada, no menos cierto es que la caducidad no puede comprender la totalidad del testamento, pues el art. 752 del citado cuerpo de leyes, establece que cuando el testador ha preterido en todo o en parte al heredero forzoso, caduca el testamento sólo en cuanto daña los derechos preteridos, subsistiendo, por lo tanto, las disposiciones compatibles con los derechos del preterido, lo que resulta corroborado por lo dispuesto por el art. 748 del citado Código al establecer que "El testamento que no es revocado total y expresamente por otro posterior, subsiste en las disposiciones compatibles con las de este último". Además con la partida de fs. 37 se ha probado que doña Jacinta Neyra, sobrina del testador, falleció el 5 de marzo de 1,929, es decir muchos años antes que el testador, por lo que, es evidente que también ha caducado la institución de heredero en cuanto a ella se refiere. Los legados que dejó don Abelardo Neyra en su ya citado testamento sólo pueden quedar vigentes en cuanto no excedan su valor del tercio de sus bienes, art. 700 del C.C. y en caso contrario, deben reducirse proporcionalmente al valor de uno ellos. Es obvio agregar que la legítima del cónyuge demandante debe regirse de conformidad con el art. 704 del Código citado.

Por las consideraciones expuestas, opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia de vista en la parte materia del recurso, salvo mejor parecer.

Lima, 25 de agosto de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de junio de mil novecientos cincuenticinco.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento veintisiete, su fecha nueve de enero de mil novecientos cincuentidós que confirmando la apelada de fojas ochentiséis y auto ampliatorio de fojas noventidós su fecha veintidós de agosto y tres de setiembre de mil novecientos cuarentisiete respectivamente declara fundada en parte la demanda de fojas tres y que doña Rosa Neyra viuda de Aranguren es también heredera de su cónyuge don Abelardo Aranguren conjuntamente con la heredera testamentaria doña Adelaida Aranguren de Mayorga; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– Eguiguren.– Garmendia.– Valverde.– Tello Velez.– Ponce.– Se publicó.– Walter Ortiz Acha.– Secretario.

R. J. P.– 1949; p. 366

XI,20) *Sólo los herederos forzosos pueden exigir la declaración de caducidad testamentaria. Art. 758 del C.C.*

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 3307/47. Procede de Arequipa.

Señor: Teófila Ranilla de Abarca, Hercilia Ranilla y Godofredo Ranilla, solicitan la declaración de herederos de don Leonardo Ranilla, manifestando la primera ser hermana y los segundos sobrinos del fallecido.

A fs. 18 se ha presentado el testamento de don Leonardo Ranillo, en el cual no instituye herederos, hace relación de sus bienes ordenando que éstos y los que haya olvidado sean vendidos por su albacea y distribuidos en legados, disponiendo que el sobrante que hubiera sea invertido en misas por su alma.

Como no se ha presentado ningún heredero forzoso, no es el caso de

exigirse la declaración de caducidad testamentaria, sino lo dispuesto en el art. 758 del C.C. que determina los casos en los cuales hay lugar a la herencia legal, en ninguno de los cuales se encuentra el de autos.

Luego, no procede ni remitir a la vía ordinaria como sostiene el voto en discordia del Tribunal ni declarar herederos como lo hace el auto apelado.

En consecuencia, opino se declare que NO HAY NULIDAD en el auto recurrido que declara improcedente la petición de declaratoria de herederos.

Lima, 15 de octubre de 1948.

Astete Vargas.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintisiete de octubre de mil novecientos cuarentiocho.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesenticinco, su fecha ocho de noviembre del año próximo pasado, que revocando la de primera instancia de fojas treinticuatro, su fecha treintiuno de diciembre de mil novecientos cuarentiséis declara improcedente la solicitud formulada a fojas una por el apoderado de doña Teófila Ranilla de Abarca y otros, sobre declaratoria de herederos de don Leonardo Ranilla; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Portocarrero.— Valdivia.— Noriega.— Cox.— Eguiguren.

Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García, Secretario.

XI. REVOCACION, CADUCIDAD Y NULIDAD DE TESTAMENTOS

En el título VIII de la Sección sobre "Sucesión Testamentaria" (Arts. 748 a 757), son disciplinadas tres figuras jurídicas que significan la ineficacia que puede presentarse con respecto a testamentos.

En primer lugar, la revocación (arts. 748 a 751) que es una causa *"ex voluntate"*; en segundo lugar la caducidad (arts. 752 a 754); en tercer lugar la anulación (arts. 755 y 757), que son causas *"ex legem"*.

La ejecutoria XI,1) de 7 de Enero de 1936 es un caso de caducidad y no de nulidad, como aparece en la sumilla. Hay lo que se llama preterición contra heredero legitimario, como eran los hijos legítimos del testador, al disponerse

asignaciones sucesorias para otras personas, que no tienen tal carácter, más allá de la porción de libre disposición. Aunque el caso se refirió a un testamento producido dentro de la vigencia del antiguo código, el mismo principio aparece en el vigente, aunque varían las cuotas de reservación. La solución se adecuaría a lo previsto por el art. 753.

La ejecutoria XI, 2) de 28 de Diciembre de 1960 también concierne a una preterición y esta sobrevino contra una hija adoptiva del testador. La ejecutoria tuvo en cuenta, naturalmente el art. 338. La revocación de la donación hecha en testamento fue calificada como írrita, y ello se ajusta a lo que emana del art. 342. Es decir, se sustentó la defensa de la *pars legitima.*

La ejecutoria XI,16) de 17 de Setiembre de 1953, resolvió la caducidad del testamento por preterición de un hijo adoptivo. En esta ejecutoria, en que se hace el pronunciamiento de que por simple testamento no cabe revocar la adopción, se agrega que la revocación no es posible sino cuando se presenta el supuesto previsto en el art. 342. La caducidad se planteó por presuntos herederos del adptante y lo cierto es que la solicitud judicial sobre el particular sólo puede promoverse por instancia de parte. Se trata de un acto personalísimo, que al adoptante incumbe realizar *per se ipsum.*

La ejecutoria XI,5) del 11 de Diciembre de 1964, también se refirió a una caducidad de testamento, producido por Percy Gibson, al haberse preterido a la mujer del testador, Mercedes Parra del Riego de Gibson, designándose como herederos a sus hijos legítimos habidos en el matrimonio con dicha doña Mercedes y con Marga Titell, con quien el mencionado Gibson celebró segundo matrimonio. El primer matrimonio no fue declarado nulo ni disuelto por divorcio, de acuerdo a la legislación nacional (art. 1158 CPC). La ejecutoria amparó a la actora Mercedes Parra del Riego, viuda de Gibson, en virtud del art. 753, reconociendo que el tercio de libre disposición podía operar en favor de Magda Titell, conjugándose así el art. 753, que habla de que haya habido preterición "en parte", con el art. 700, que consiente en la libre disposición del tercio. El juzgador así consideró acertadamente que la invalidez de la designación de heredero universal hecha en determinada persona, eliminando con esto a quien tenía tal carácter *ex lege*, no empece para que a esa persona se le puede considerar como legataria de parte de la herencia (art. 719), interpretando la voluntad del causante en cuanto podía favorecer, sin mengua de la limitación del art. 700, (o en su caso del art. 701) a esa persona. Como escribe Lanatta (II, p 415), la caducidad no afecta la tota-

lidad del testamento.

En igual sentido a la anterior ejecutoria se pronunciaron las ejecutorias Xi,11) de 9 de octubre de 1956, y Xi,13) de 22 de junio de 1955, en cuanto a que la caducidad del testamento, para defensa del heredero legítimo, no perjudica al testamento en lo que no excede de la libre disposición, lo que en buena cuenta se establece en el Digesto al decirse que *quanduc possit valere testamentum, tandicum legitimus non admittitur.*

Por la ejecutoria XI,12) de 30 de Mayo de 1956, se resolvió un caso con análogo criterio, aplicándose sobre el particular el Código antiguo, en cuanto al quinto de libre disposición que aquel dejaba a la determinación del testador.

La ejecutoria XI,14) de 20 de julio de 1946, también se refirió a un caso de caducidad, en aplicación del inciso 1o. del art. 752. Al sobrevenir hijos al testador que conforme a ley son herederos forzosos, se produce la ineficacia del testamento por el cual se instituyó a determinada persona como sucesor universal voluntario. Se presenta el caso de un *testamentum inofficiosun.* Lo interesante en la ejecutoria se halla en que estima que debe declararse herederos universales a los hijos nacidos posteriormente al testamento, sin necesidad de demandar y obtener judicialmente la anulación del testamento. Es que la causal de caducidad aparece manifiesta y cabe aplicar el principio del apartado 2o. del art. 1124 (no importa que aquí se hable de nulidad, pues la caducidad es equivalente y sólo se trataría de una simple *questio verbis).*

La ejecutoria XI, 20) de 27 de Octubre de 1948, está justificada, pues no se dió ninguno de los supuestos del art. 752, que por lo demás, la sentencia no cita, para que se pudiese declarar la caducidad del testamento. Por esto se distribuyó toda la herencia en legados, sin designarse herederos. Los demandantes que solicitaron la caducidad del testamento, no eran herederos forzosos del testador, de manera que no se daba el caso contemplado en el inc. 1o del art. 752. Como ha escrito Lanatta, "la acción judicial de declaración de caducidad de disposición testamentarias por pretención puede planteada solo por herederos legitimarios" (II, pag. 415).

En el juicio en que recayó la ejecutoria XI, 17), de 27 de Agosto de 1968, se trata de un testamento producido por Enrique de las Casas. Este se casó con Pretronila Celán, matrinomio que quedó judicialmente disuelto el 5 de Mayo de 1931. En ese matrimonio tuvieron varios hijos (legítimos), los de las Casas Colán. El mismo Enrique de las Casas se casó con Teresa Pasquel el 28 de Mayo de 1931, y con anterioridad, vigente aún el primer matrimonio,

nacieron dos hijos (ilegítimos), los Casas Pasquel. Enrique de las Casas otorgó testamento el primero de Diciembre de 1958. En él declaró como herederos a sus hijos, tanto a los del primer matrimonio como a los procreados con Teresa Pasquel, considerano a todos con derecho a igual cuota hereditaria, y también declaró como heredera a su cónyugeTeresa Pasquel. En ese mismo testamento mejoró a sus dos hijos, los Casas Pasquel, con el tercio de la herencia, y benefició con el tercio de libre disposición a su cónyuge. El testador murió el 4 de Enero de 1962. Los de las Casas Celán demandan la ineficacia del testamento en cuanto asignó a los delas Casas Pasquel cuotas hereditarias como si fuesen hijos legítimos, siendo así que deben ser considerados como ilegítimos, pues fueron procreados cuando aun no se había disuelto el primer matrimonio antes menciondado (con Petronila Celán), sin que puede condiderarse a dichos de las Casas Pasquel como legitimados, por oponerse a ello el art. 325.

La ejecutoria resolvió que era infundada la demanda, o sea, declaró la validaz testamento, aplicando el art. 316. Claro está que el supuesto de hecho de la buena fe de uno de los cónyuge, en el matrimonio que originó la legitimación de los hijos procreados antes de su celebración (en este caso se trataría de la buena fe de Teresa Pasquel) es cuestión compulsable de acuerdo al mérito del expediente judicial mismo seguido. Es indudable que la consideración de la ejecutoria para aplicar el art. 316 del código vigente al caso *sub litis,* en el sentido que la disposición testamentaria cuestionada (sobre si los de las Casas Pasquel debían ser estimados como ilegítimos o como legitimados) ha de ser examinada de acuerdo a la ley respectiva vigente al momento del fallecimiento del causante; ello por inferencia del principio de *"tempus regit actum"*. Pero no se trataba en verdad de apreciar si la legitimación se había producido o nó, teniendo en cuenta la fecha del fallecimiento del marido a que se refirió el matrimonio subsiguiente, sino la fecha de ese segundo matrimonio, el cual se efectuó el 28 de Mayo de 1931, en que regía el Código anterior. En ese momento se determinó el *status* de los de las Casas Pasquel. En el Código anterior no había un precepto como el 316 del actual. Luego no pudieron adquirir la calidad de legitimados. La razón alegada, pues. por la ejecutoria es improcedente. Con todo, aceptando que se hubiese acreditado la buena fe de Teresa Pasquel al contraer matrimonio con Enrique de las Casas, sí obrarían los arts. 160 y 161 del Código anterior (art. 157 del código vigente), para el efecto de considerar a

los de las Casas Pasquel como hijos legítimos, y por lo tanto para que la inpugnación en este punto contra el testamento de don Enrique de las Casas fuese desestimado, en cuanto asignó a dichos hijos suyos o sea, los de las Casas Pasquel cuotas hereditarias iguales a las correspondientes a los hijos legítimos habidos en el primer matrimonio (los de las Casas Celán), no funcionando, pues, el artículo 762. Este fué el punto de vista de la sentencia de Vista. En verdad bastaba con ello, para decidir la custión. La decisión de la Corte Suprema no tenía para que invoçar el art. 316, que como se ha expuesto antes, resultaba impertinente.

La ejecutoria XI, 6), de 13 de agosto de 1948, estima que hubo preterición de una hija ilegítima reconocia por su padre. En efecto en el testamento de don Venancio Pereira, éste instituyo como su única heredera universal a su conyuge, doña Angeles Linares, sin referirse a su antes mencionada hija, Por el caracter de *heres sui* de ésta última, de acuerdo al art. 700 y art. 760 y en merito del art. 753, se declaró la caducidad del testamento por preterición.

Refíramanos a la ejecutoria XI, 16 a), de 8 de junio de 1962. La mujer casada es heredera legitimaria de su marido. Al establecer el testamento que ella tenia el carácter de usufructuaria y no reconocerle el derecho a dominio *cuius fuit defuncti*, tal testamento importa una preterición. por lo cual cae dentro de la sancion de caducidad, conforme lo decidio la ejecutoria citada.

XII

LOS HEREDEROS LEGALES

XII, 1) *Los bienes de que no dispuso el testador que, sin instituir herederos, distribuye su patrimonio en legados, corresponde a sus herederos legales.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En esta controversia, al pedirse la declaratoria de los herederos legales que tienen derecho al dinero que depositó en los Bancos y que no mencionó en su testamento la señora Josefina Ramos De González Prada, se discute en realidad la interpretación de la voluntad de la testadora. Hay dos afirmaciones contrapuestas: una amparada por la sentencia de Primera Instancia y la otra por el fallo de vista.

La tesis de los ejecutores testamentarios, sostiene que en el testamento se establece una fundación de instrucción; que no era necesario que la testadora hiciera una enumeración de todos sus bienes para que por razón de la naturaleza de la fundación deban considerarse incorporados todos, sin más excepciones que la de aquéllos bienes expresamente excluídos y dedicados a objeto distinto. Sostiene además, que son aplicables a la Fundación de instrucción establecida por la testadora en su testamento y codicilio de 1932 y 1933, las reglas que sobre las Fundaciones contiene el nuevo Código en vigencia desde el 14 de noviembre de 1936.

Según la tesis contraria, el testamento y el codicilo hacen una enumeración completa de bienes, sin más excepción que los depósitos dejados en los Bancos Italiano y Alemán y en la Casa Beausire, y que según las diligencias de fs. 145, 146 y 149, ascedian en 1936 a cerca de $ 350.000.00, que están devengando intereses. De acuerdo con esta misma tesis, el testamento y el codicilo hacen diversos legados y disposiciones en favor de numerosas personas; encargan el cumplimiento de la voluntad de la testadora, primero al albacea y después a una junta administradora, y omiten la institución de heredero, correspondiendo en consecuencia, a los herederos legales, los fondos no mencionados en el testamento, de acuerdo con la disposición del art. 800 del Código Civil, que entonces regía, mantenida en el art. 758 del

Código vigente.

Para apreciar cual fue en realidad la voluntad de la testadora hay que analizar las disposiciones del testamento y del Codicilo, otorgados en 17 de setiembre de 1932 y 4 de diciembre de 1933, y que corren a fs. 112 y 78. Las cláusulas 4a. y siguiente, hasta la 18 del testamento, hacen una enumeración completa de bienes, que comienza por la fórmula usual: "declaro por mis bienes los siguientes", y que comprenden hasta los más insignificantes, incluyendo una barraca en Cerro Azul, un crédito contra el Banco del Perú y Londres, en quiebra, las alhajas, y hasta un usufructo que no podía ser materia de herencia. La enumeración se amplía en la cláusula 12a. del codicilo, que se refiere a un lote de terreno adquirido después del testamento. No se ha dicho por ninguna de las partes, que además de la fuerte cantidad de dinero depositada falten otros bienes en la enumeración hecha por la testadora.

De todos los bienes enumerados y muy especialmente de sus productos, dispone la testadora en favor de muchas personas, instituciones y obras, llegando a 41 esas disposiciones, pues hay muchos legados de S/. 15,000, S/. 10,000, y S/. 1,000; legados de misas en varios conventos; dotes para profesión monástica; becas en universidades y colegios; mesadas durante la vida de algunos parientes; subvenciones para el culto de determinadas iglesias; camas en el Hospital Arzobispo Loayza; limosnas para personas vergonzantes y sostenimiento de un capellán en el fundo "Cerro Alegre".

Todos los legados contenidos en el testamento, deben hacerse según la voluntad de la testadora, con los productos de la hacienda "Cerro Alegre", pues despues de enumerar todos los bienes dicé textualmente la cláusula 19: "Quiero que mi hacienda Cerro Alegre no se venda, sino quede en administración para que con sus productos se cumplan las disposiciones que expresaré mas adelante". Vienen despues los legados, el nombramiento de albacea en la cláusula 31 y la cláusula 32 que nombra "una junta para que terminado el plazo del albaceazgo, asuma la representación plena de mi sucesión y la administración de mis bienes".

El Codicilo contiene nuevos legados, entre los cuales el mas importante de todos los hechos por la testadora, es el de la cláusula 2a., que ordena la construcción y sostenimiento de dos internados para los hijos de sus yanacones de "Cerro Alegre". No se revocan las disposiciones fundamentales del testamento, que por el contrario se ratifican estableciendo en la cláusula 19a.: "cumplidas las disposiciones de mi testamento y de este codicilo, el

sobrante de mis rentas se aplicará en primer término, etc., etc.". Enumera enseguida diversos objetos, de los que solo deja despues vigentes los "subsidios a las instituciones que he favorecido en mi testamento, como la Universidad Católica, etc." Se ratifican también en el codicilo las facultades concedidas al albacea y a la Junta Administradora.

De estas disposiciones del testamento y codicilo en las que se enumeran los bienes y se hacen los legados en forma desordenada y como si la testadora los hubiera ido consignando a medida que se presentaran a su recurdo, no puede deducirse una construcción total y metódicamente organizada, la creación de una Fundación de instrucción. Por lo demás, aunque esta persona jurídica hubiera nacido despues de las disposiciones del Código vigente, relativas a las Fundaciones, no podría afirmarse que constituyera necesariamente una institución de caracter universal que debiera comprender la totalidad de los bienes de la testadora. No sucede asi conforme a los principios generales del derecho, ni según las reglas positivas del nuevo C. C.

La fundación como sujeto de derecho, es una creación del Derecho germano, no admitida en el Código de Napoleón, y excluída por lo mismo de nuestro anterior C. C. y tiene siempre la extensión y los alcances que en forma expresa le dé quien la haga en el instrumento de fundación, sea o nó un testamento. Puede comprender por lo mismo, la totalidad de una masa de bienes, una parte de la misma o un bien determinado.

En el testamento, la testadora enumeró sus bienes y excluyó los depósitos bancarios; dió aplicación determinada a todos los bienes enumerados y dispuso con relación al más valioso de ellos, el fundo "Cerro Alegre", en la cláusula 19a., que no se vendiera, sino que se dedicaran sus productos al cumplimiento de sus disposiciones.

No basta, que en cláusulas posteriores se refiera de un modo general "a sus bienes", para interpretar la voluntad de la testadora, en el sentido de que ha querido referirse también a los bienes no mencionados. La disposición debería haberse hecho en términos claros e inequívocos, en todo caso, y más cuando la interpretación extensiva no está confirmada por el texto del testamento y parece estar contradicha por la cláusula 19a., ya citada.

No puede creerse tampoco, que la dificultad desaparece en el codicilo con la cláusula 19a., en que la testadora dispones de modo general de los productos de sus bienes, sin referirse al testamento. Esta disposición representaría entonces, si se le diera esa interpretación, una institución de

heredero universal, que debería ser expresa y que conforme al Código que regía en ese momento, no podía hacerse válidamente en un codicilo.

Las consideraciones anteriores, demuestran que la importante cantidad de dinero omitida en el testamento, corresponde a los herederos legales de la testadora. Y esta conclusión no se opone a una expresa voluntad de la testadora contraria a sus parientes, como se ha sostenido. La testadora favorece a varios de sus parientes: deja legados a cinco de sus sobrinos en la cláusula 23a.; dispone de sus alhajas en favor de los mismos sobrinos en la cláusula 39., y lega los cuadros de familia a otro sobrino en la cláusula 20a. del codicilo.

Las disposiciones en favor de obras de Beneficiencia e Instrucción, no obedecen pues, a un propósito de exclusión hostil de la testadora en contra de los miembros de su familia. No tiene tampoco este carácter la cláusula 29a., que aparte a los miembros de familia de toda intervención en la administración, disposición que no exluye que los parientes resulten favorecidos en el testamento, desde que precisamente, está sancionado con la pérdida de los legados para los infractores.

Por las consideraciones anteriores, el Fiscal Suplente opina, que NO HAY NULIDAD en la resolución de vista, que ha revocado la de Primera Instancia; salvo mejor parecer.

Lima, julio 12 de 1939

La Jara

RESOLUCION SUPREMA

Lima, noviembre 20 de 1939

Vistos; de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce; y considerando además: que aunque la testadora dispone en varias cláusulas de su testamento y codicilo, de los productos o de las rentas de su bienes, alude manifiestamente en esa forma a los bienes ya enumerados y ni directa, ni indirectamente se refiere, como es de uso, al remanente de aquellos de que no dispone de un modo especial: que en la cláusula trigésima segunda del primero de dichos instrumentos nombra una Junta para que, terminado el albaceazgo, asuma la representación plena de su sucesión y la administración de sus bienes: que esta cláusula es inexpresiva en cuanto a la representación plena a que se contrae, suponiendo un represen-

tante sin representado, porque la sucesión de los bienes a título universal no corresponde a nadie, por no haber institución de heredero y porque la testadora no transfirió facultades administrativas, con un estipendio por esta labor: que la controversia ha versado sobre el derecho a los tres depósitos mencionados en la parte considerativa del fallo de vista, que comprenden los intereses con que hubiesen acredido, según las cuentas respectivas; y que no hay oposición acerca del entroncamiento de los que pretenden la herencia, cuyo derecho se halla acreditado con prueba instrumental: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 339 y auto ampliatorio de fs. 334, sus fechas 12 de enero y 8 de abril del presente año, que revocanda la sentencia de primera instancia de fs. 209, su fecha 26 de noviembre de 1937, declara fundada la demanda de fs. 14 e infundadas la oposición de fs. 19 y la reconvención y que, en consecuencia, los demandantes son herederos de los bienes de que no dispuso doña Josefina Ramos viuda de Gonzáles Prada, con lo demás que dicho auto complementario contiene; entendiéndose que esos bienes son los depósitos existentes en los Bancos Alemán y Popular y en la casa Beausire y Compañía, con los intereses que los hubiesen acrecido según las cuentas respectivas: declararon NO HAVER NULIDAD en el auto de fs. 342 vta., su fecha 8 de abril último, que declara sin lugar la ampliación solicitada a fs. 342 respecto a interese legales, sin costas; y los devolvieron.— BARRETO.— ZAVALA LOAIZA.— CARDENAS.— VELARDE ALVAREZ.— LAVALLE.

Lima, diciembre 15 de 1939

En atención a que la resolución de 20 de noviembre último se refiere expresamente a los intereses de los depósitos para el caso de que hubieran acrecido a éstos, según las cuentas respectivas de las instituciones en que se encontraban: declararon sin objeto la aclaración solicitada por el personero de la Junta y mandaron se devuelvan los de la materia como está ordenado.— Cinco firmas.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 315— Año 1939

Procede de Lima.

RJP; 1955, p 1579.

TESTAMENTO.— Omisión de algunos bienes.

XII, 2) Aún cuando el testador, en la relación que hace de sus bienes

como los únicos que tiene, ha omitido algunos, si además ha designado un heredero universal, no pueden pretender sus herederos legales que se les defieran los bienes omitidos, los que corresponde recibir también a dicho heredero testamentario.

DICTAMEN FISCAL

EXP. 828/51.– Procede de Arequipa.

Señor.

Doña Flora Zevallos de Valencia falleció bajo el imperio del testamento que otorgó por escritura pública el 19 de octubre de 1945 que en testimonio corre a fs. 7. En dicho acto declaró cuales eran sus únicos bienes; dejó varios legados, instituyó como su heredero universal a su esposo, don Saturnino Valencia Barriga.

Apoyándose en el inc. 3o del art. 758 del C. C., doña Mauricia Zevallos Coaguila, hermana de doña Flora, ha solicitado se declare vacante la herencia causada por ésta en razón de que en el precitado testamento no ha dispuesto de otros inmuebles, lo que significa, según la demandante, que su intención fué que esos bienes pasaran a sus herederos legales. La acción ha sido contradicha por la demandada doña Ana María Polar Ramos, heredera de don Saturnino Valencia Barriga; y tramitada la causa, el Juzgado de Primera Instancia la ha declarado infundada en la sentencia de fs. 24, confirmada por la de vista de fs. 32 vta., de la que recurre la demandante.

La vacancia de la herencia está regida por el art. 773 del C. C. que es caso distinto al presente, en que existe testamento y un heredero universal insituído por la testadora, a quien corresponden los bienes causados por ésta, los haya enumerado o nó en su testamento.

El inc. 3o del art. 758, en que se fundamenta la demanda, se refiere al caso de que existe heredero instituído, pero a favor de quien se ha dejado específicamente dererminados bienes. La voluntad del testador es que a ese heredero le correspondan ciertos bienes y no más. En ese caso, si se descubren otros bienes, éstos corresponden a los herederos legales.

Tal hipótesis no está de acuerdo con lo que aparece del testamento de doña Flora Zevallos de Valencia, quien instituyó heredero universal a su esposo, cuyos derechos representa ahora la demanda doña Ana María Polar Ramos.

Opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 19 de mayo de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de mayo de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; por los fundamentos pertinentes del dictamen del Señor Fiscal y considerando: que en el caso de autos no se trata de herencia vacante porque la demanda de fojas una se refiere a la pretensión de un heredero legal respecto de bienes de que no ha dispuesto el testador quien en su testamento instituye como heredero universal a su cónyuge: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas treintidós vuelta, su fecha veinticuatro de agosto de mil novecientos cincuentiuno en la parte materia del recurso que confrimando la apelada de fojas veinticuatro, su fecha veinticinco de mayo del mismo año, declara infundada la demanda interpuesta a fojas una por doña Mauricia Zevallos de Coaguila contra doña Ana María Polar y otra; condenáron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— EGUIGUREN.— SAYAN ALVAREZ.— MAGUIÑA SUERO.— VALVERDE.— LENGUA.— Se publicó.— Degoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

RJ.P.— 1971. pag. 1476
HERENCIA LEGAL.— Existencia de testamento.—
Inc. 3o del Art. 758 del C. C.

XII, 3) *Habiendo instituído la testadora a su esposo como único y universal heredero de todos sus bienes, es inadmisible la solicitud de declaratoria de herederos.*

RESOLUCION SUPREMA

Exp. No 686/71.— Procede de Ica.

Lima, nueve de noviembre de mil novecientos setentiuno.

Vistos; con el acompañado; por sus fundamentos pertinentes; y CONSIDERANDO: que, conforme aparece de la cláusula tercera del testamento de doña María Angela Hernández Bendezú, que en testimonio corre a fojas vintiocho, la testadorainstituyó como único y universal heredero de todos sus bienes a su cónyuge don Miguel Braulio Cordero Hernández; que, en consecuencia, no es de aplicación al caso de autos, lo dispuesto en el inciso tercero del artículo setecientos cincuentiocho del Código Civil declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas sesenticinco, su fecha veintitrés de Agosto del año en curso, que declara insubsistente la apelada de fojas cuarentisiete, su fecha quince de Marzo del mismo año. nulo todo lo actuado e inadmisible la solicitud de declaratoria de herederos formulada por doña Emma Romero de Alvarez condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– CORDOBA.– VELASCO GALLO.– SANTOS.– GALINDO.– NUGENT.– SE publicó conforme a ley.– Fáusto Viale Salazar.– Secretario General.

R. J. P.– 1942; p. 198

XII,5) *Caduca la institución de herederos cuando el testador ha preterido en todo o en parte al heredero forzoso. Si hay hijos legítimos e ilegítimos, cada uno de estos últimos recibirá la mitad de lo que reciba cada legítimo. No está incluido en la masa partible el importe de un seguro de vida, por más que el beneficiario tenga la condición de heredero del asegurado. Sólo son colacionables las primas pagadas al asegurador.*

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 40/48. Procede de Lima.

Señor: Don Quintiliano Alejos Espíritu, falleció bajo las disposiciones testamentarias otorgadas el 22 de octubre de 1937, ante el Notario Delucchi, como consta de la copia certificada de fs. 24, dejando 8 hijos, de los cuales Angélica y Esperanza Alejos León, tienen la calidad de legítimos, y los otros 6, llamados Felicia Alejos Forcelledo, Flavio Alejos Zapata, Carmen Alejos Ponte, Delia Alejos Ponte, Ponciano Alejos Ponte y Oscar Alejos Torres, son naturales reconocidos. Dispuso el testador que sus bienes se repartieran por partes iguales entre sus citados hijos, y declaró que estaba asegurado, por la suma de S/. 20,000.00 en la Compañía de Seguros Rímac, dejando esta póliza a favor de sus hijos Carmen, Delia y Ponciano Alejos Ponte.

Doña Juana Torres, madre del menor Oscar Alejos Torres, ha interpuesto demanda de partición, a la que se han allanado la mayor parte de los demás interesados, pero con las reservas que constan de sus contestaciones respectivas. Concretamente la citada señora Juana Torres pretende que la herencia se distribuya en 8 parte iguales, o sea el 12 y 1/2o/o para cada uno de los hijos del testador, y que se comprenda en la suma partible el importe de la póliza por S/. 20,000.00 de que se ha hecho mención.

Tramitada la causa, el Primer Juzgado Civil en la sentencia de fs. 217 ha declarado fundada en parte la demanda, denegándola en los dos puntos expuestos y declarando que la indicada suma de S/. 20,000.00, corresponde exclusivamente a los menores Alejos Ponte, quienes deben restituir a la masa el importe de las primas pagadas al asegurador, y que los demás bienes del testador deben dividirse en forma que corresponda a cada hijo legítimo el doble de lo que toca a cada hijo ilegítimo.

Esta sentencia ha sido confirmada por la Corte Superior de Lima, a fs. 238, originando recurso de nulidad del apoderado de doña Juana Torres.

La partición de la herencia en porciones iguales entre los 8 hijos del testador, hecha por éste en su testamento, no puede subsistir el tenor de lo que dispone el Art. 762 del C. Civil, disposición aplicable al caso de los herederos testamentarios por lo dispuesto en el Art. 758 del mismo Código. La participación debe hacerse, pues, en la forma ordenada por el Juez y la Corte Superior.

En lo que respecta al otro punto materia del recurso de nulidad, o sea la inclusión del importe de la póliza en la masa partible, hay que tener en consideración que los menores Alejos Ponte fueron designados beneficiarios, y les corresponde dicho importe a tenor de lo preceptuado en el Art. 419 del C. de Comercio, debiendo únicamente ser colacionados el importe de las primas conforme al Art. 779 del C. Civil.

Las razones expuestas, justifican la opinión del Fiscal en el sentido de que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, abril 29 de 1948.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, ocho de junio de mil novecientos cuarentiocho.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientas

treintiocho, su fecha veintiuno de noviembre del año próximo pasado, confirmatoria de la de Primera Instancia de fojas doscientas diecisiete, su fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos cuarenticinco, que declara fundada en parte la demanda de partición interpuesta a foja una por doña Juana Torres contra don Doroteo Alejos y otros; con lo demás que contiene: condenaron en la multa de doscientos soles y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Valdivia.– Lainez Lozada.– Cox.– Eguiguren.– Checa.

Se publicó conforme a ley.– Jorge Vega García. Secretario.

R. J. P.– 1959; p. 1009

HERENCIA LEGAL.- Hijos legitimados.

XII,6) *El matrimonio de los padres legitima a los hijos nacidos fuera del matrimonio y opera de pleno derecho. La inscripción en el Registro Civil no constituye un requisito indispensable para reconocerle sus efectos legales.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1160/58.– Procede de Huancavelica.

Señor:

Por su escrito de fs. 3, doña María Candelaria Rojas Vidalón, solicita que se abra procedimiento no contencioso, para declarar herederos de don José Rojas Vidalón, cuya partida de defunción acompaña. En el curso del procedimiento se apersonan otras personas con pretensión a la herencia; y como se tachan mutuamente las partidas con que acreditan su entroncamiento se ha mandado ordinarizar la causa por auto de fs. 38 v.

Las partidas de fs. 6 y 113 acreditan que José Rojas Vidalón, contrajo matrimonio con doña María Vidalón Onofre el 24 de mayo de 1909, y este matrimonio produce todos sus efectos legales a tenor de lo dispuesto en el art. 1827 del C.C.

La demandante María Candelaria Rojas Vidalón, presenta la partida de bautizo de fs. 2, que no puede surtir efecto alguno, por estar falsificada, según se ha constado en la inspección ocular de fs. 167. Por eso se ha presentado la de fs. 111 de la que aparece con la calidad de hija legítima de José Rojas

Vidalón y María Vidalón Onofre, el 28 de febrero de 1909, pero como el matrimonio de sus padres se realizó, solo el 24 de mayo del referido año, no tiene, en el momento que se realizó el bautizo, la calidad que se le atribuye.

Doña María Exaltación Rojas Vidalón acredita ser hija de los mismos padres, con su partida de bautizo de fs. 13, de 22 de diciembre de 1900.

Doña Francisca y doña Fortunata, acreditan igual derecho con las de fs. 5 y 16 de fechas 29 de mayo de 1900 y 3 de julio de 1905.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 314o., inc. 1o. del C.C., el subsiguiente matrimonio de los padres, legitima a los hijos nacidos fuera de matrimonio; y opera de pleno derecho; y conforme a lo establecido en el art. 317o. del mismo, estos hijos tienen los mismos derechos que los legítimos. De manera que las personas indicadas heredan a su padre en la condición de hijas legítimas del mismo. La disposición contenida en el art. 325o. del mismo C., debe interpretarse en el sentido de que es sólo ad solemnitatem, pero no requisito indispensable para la validez del acto.

Doña Anatolia Ayaypoma Vidalón, que pretende heredar, en representación de doña Fortunata Rojas, no ha acreditado su entroncamiento. No puede declararse heredera de ella, pero debe dejarse a salvo su derecho.

Por las consideraciones expuestas opino por que se declare NO HABER NULIDAD en la recurrida.

Salvo mejor parecer.

Lima, 10 de mayo de 1959.

Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, ocho de julio de mil novecientos cincuentinueve.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientas treintinueve, su fecha once de agosto de mil novecientos cincuentiocho que confirmando la apelada de fojas doscientas diecinueve, su fecha once de enero de mil novecientos cincuentisiete declara el fallecimiento intestado de don José Rojas Vidalón y que son sus herederos legales: su hija legítima doña María Candelaria Rojas Vidalón de Girón y a su cónyuge doña María Vidalón viuda de Rojas, representada por sus herederos que menciona en su testamento de fojas sesentitrés; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del

recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– Bustamante Cisneros.– Sayán Alvarez.– Maguiña Suero.– Tello Velez.– Eguren.– Se publicó.– Walter Ortiz Acha. Secretario.

R. J. P.– 1964; p. 958

Legitimación por subsecuente matrimonio.– Sentencia de divorcio no aprobada.

XII,7) *El subsiguiente matrimonio de los padres legitima a los hijos concebidos después de haberse dictado la sentencia de divorcio que disuelve el vínculo conyugal anterior, aún cuando no haya sido aprobada por la Corte Superior.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1/64.– 4a. Sala. Procede de Lima.

Señor:

Doña Nora Jara de Córdova y doña María Emilia Jara Huamán, trae recurso de nulidad del auto de fs. 45 dictado por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, que revocando en parte el apelado de declaratoria de herederos de don Emiliano Jara Bao, resuelve que la última recurrente concurre a la herencia causada por éste con la calidad de hija ilegítima reconocida, junto con doña Dionisia Huamán Aquije como cónyuge supérstite.

El Tribunal Superior, apoya su resolución en el art. 315 del C.C.

En mi concepto, dar una interpretación literal al art. 315 del C.C., teniendo en cuenta la fecha en que por sentencia judicial fue roto el vínculo matrimonial que unía a Emiliano Jara Bao con María Otilia Bedón y la data correspondiente a la concepción de María Emilia Jara Huamán, sería extremar el rigorismo de la ley para conceder la legalización ipso-jure. Es cierto que quedó en suspenso la conclusión del divorcio absoluto incoado por María Otilia Bedón contra Emiliano Jara Bao, en virtud del trámite procesal prescrito por el art. 4o. del Decreto Ley No. 6890; empero, no habiendo sido materia de apelación la sentencia que le puso término sino de revisión de oficio, la decisión del Tribunal era simplemente declarativa de un estado jurídico existente, limitada a comprobar la determinación de divorcio de los

cónyuges puesta de manifiesto por su inconcurrencia al comparendo de conciliación en segunda instancia y de haber dado cumplimiento a las normas procesales respectivas. Así se desprende claramente del primer apartado del art. 4o. del D.L. 6890 y del texto íntegro de sus disposiciones, bajo cuya vigencia fue seguido el procedimiento de divorcio ya citado.

Premunido de la sentencia de divorcio dictada por el Juez de la causa con fecha 4 de octubre de 1935, no sería extraño que Emiliano Jara Bao sufriendo error sobre su estado civil e ignorante del rigorismo jurídico procesal de su revisión y ulterior confirmación, se vinculara de buena fe, concubinariamente con María Dionisia Huamán en el mes de marzo de 1938, que es fecha que corresponde a la concepción del fruto de esas relaciones fuera de matrimonio, o sea, de doña, María Emilia Jara Huamán a la que en ningún caso puede considerarse hija adulterina. La presunción de buena fe de la madre es aún más vehemente. Admitiendo dichos postulados, negarla a María Emilia Huamán el derecho de legitimación por el subsecuente matrimonio de sus padres, importaría imponerle un inmerecido castigo ya que aplicando el principio de equidad y por analogía las normas de ley que regulan el matrimonio putativo, la justicia no puede ser inflexible y la prohibición del art. 315 del C.C. puede ser levantada por no ser insuperable el impedimento del inc. 5o. del art. 82 del C.C., que sería el aplicable al caso, ya que por las consideraciones anteriores expuestas acude en su favor la misma ley en el art. 516, aplicable por analogía, y no puede ser perjudicada por el error de derecho de sus padres sufriendo ella el peso de la ley.

En cuanto al derecho de doña María Dionisia Huamán, es inobjetable por el mérito del instrumento de fs. 13 con el se ha acreditado su entroncamiento.

Por los precedentes fundamentos, opino porque HAY NULIDAD en el auto recurrido; reformándolo corresponde confirmar, en todos sus extremos el apelado de primera instancia.

Lima, 12 de enero de 1964

Ponce Sobrevilla

RESOLUCION SUPREMA

Lima, ocho de julio de mil novecientos sesenticuatro.

Vistos; en discordia; con el voto escrito del Señor Vocal doctor Eguren,

que se agregará rubricado por el Secretario de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas cuarenticinco, su fecha seis de agosto de mil novecientos sesentitrés, en cuanto considera a doña María Emilia Jara Huamán, heredera de don Emiliano Jara Bao, en la condición de hija ilegítima reconocida; reformándola en este punto, confirmaron la apelada de fojas treinticuatro, su fecha veinticuatro de mayo del mismo año, que declara que doña María Emilia Jara Huamán es heredera del mencionado Jara Bao, en su calidad de hija legítima por subsecuente matrimonio, conjuntamente con doña Nora Jara Bedón, como hija legítima del causante y la cónyuge supérstite doña Dionisia Huamán Aquije; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.— Valdez Tudela.— Gonzales.— Medina Pinon.— Se publicó.— Lizandro Tudela Valderrama.— Secretario.

Considerando que doña María Otilia Bedón, con fecha quince de abril de mil novecientos treintiuno, interpuso demanda de divorcio contra su esposo don Emiliano Jara Bao, demanda que fue amparada como de mutuo disenso en mérito del allanamiento del demandado, por sentencia de cuatro de octubre de mil novecientos treinticinco; que en armonía con lo dispuesto en el artículo cuarto de la Ley seis mil ochocientos noventa, vigente en esa época, y a cuyo procedimiento se remite la Ley siete mil ochocientos noventitrés sobre mutuo disenso, la sentencia de Primera Instancia fue elevada a la Corte Superior de Lima con el objeto que fuese revisada, siendo aprobada por resolución de doce de julio de mil novecientos cuarentisiete; que, en consecuencia, al producirse el nacimiento de doña María Jara Huamán, ocurrido el treinta de diciembre de mil novecientos treintiocho, existía impedimento entre sus padres para contraer matrimonio, siendo de aplicación al caso el artículo ciento quince del Código Vigente; mi voto, con lo expuesto por el Señor Fiscal, es porque se declare NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas cuarenticinco, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada, declara que son herederos de don Emiliano Jara Bao la cónyuge sobreviviente doña Dionisia Huamán Aquije, su hija legítima doña Nora Jara Bedón, y doña María Emiliana Jara Huamán, esta última en su calidad de hija ilegítima reconocida.— Lima 30 de junio de 1964.— Eguren Bresani.— Lizardo Tudela Valderrama.— Secretario.

R. del F.– 1965; p. 138

XII,8) *En aplicación del Art. 760 del C.C. la prole nacida con anterioridad al matrimonio civil, queda legitimada por éste y en consecuencia, los hijos tienen derecho a ser herederos legítimos a la muerte de cualquiera de los cónyuges. De igual manera el cónyuge sobreviviente tiene la calidad de hijo legítimo.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 247/63.– 4a. Sala.Procede de Ancash.

Señor:

Doña Miguelina Guibovich Chávez, Víctor Nicolás Guibovich Chávez y Carmela Guibovich Córdova, traen recurso de nulidad del auto dictado a fs. 79 por la Corte Superior de Ancash que ampliando el de primera instancia incluye en la institución hereditaria de don Julio César Guibovich, con la calidad de hijos ilegítimos reconocidos, a Zulma Sixtilia, Julio Rolando, César Adalberto, Carmela María y Nila Aurora Guibovich Córdova, dejando a salvo el derecho de doña Petronila Chang Córdova Valverde o Petronila Córdova Valverde para que haga valer su derecho como cónyuge supérstite en la vía que le corresponde.

El derecho de los herederos instituidos en el auto ampliatorio de segunda instancia está amparado por el reconocimiento de paternidad que practicó el de cujus mediante escritura pública ante el Notario Público Josué Alvarado R. de la provincia de Santa el 24 de mayo de 1947, según testimonio que cursa a fs. 33. Habiéndose practiado dicho reconocimiento sobre personas cuya existencia está acreditada con los instrumentos impugnados de fs. 12 a fs. 16, en una de las formas establecidas por el art. 354 del C.C. para su validez, es de aplicación el art. 722 del mismo Código y su concordancia 1218 del C. de P. C.

Con respecto al recurso de nulidad que trae por adhesión doña Carmela Guibovich Córdova, reclamando del derecho hereditario que se le ha negado a su progenitora doña Petronila vda. de Guibovich, cuya representación se ejerce, no es pertinente tomarlo en consideración.

Por lo expuesto, opino por la NO NULIDAD.

Lima, 4 de abril de 1964.

Ponce Sobrevilla

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 9 de mayo de 1964.

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal; y considerando: que las copias certificadas por obras a fojas once y fotostática de fojas veinticinco prueban suficientemente que el causante contrajo matrimonio civil con doña Petronila Córdova Valverde el día primero de setiembre de mil novecientos cuarentiocho; que en esta virtud doña Petronila Córdova de Guibovich tiene la calidad de heredera en aplicación de lo prescrito en el artículo setecientos sesenta del Código Civil; que uno de los efectos del matrimonio es legitimar a la prole nacida con anterioridad a su realización: declararon HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas setentinueve, su fecha seis de noviembre de mil novecientos sesentitrés, en cuanto confirmando en una parte y revocando en otra el apelado de fojas cuarentiocho, su fecha once de mayo del mismo año, declara que Zulema Sixtilia, Julio Rolando, César Adalberto, Carmela María y Nila Aurora Guibovich Córdova, son herederos como hijos ilegítimos reconocidos de don Julio César, Guibovich, y deja a salvo el derecho de la cónyuge doña Petronila Córdova Valverde, reformándolo en estos puntos y revocando en los mismos el de Primera Instancia, declararon que los mencionados Zulema Sixtilia, Julio Rolando, César Adalberto, Carmela María y Nila Aurora Guibovich Córdova, son herederos de don Julio César Guibovich en su calidad de hijos legítimos, y que doña Petronila Córdova Valverde, es heredera del nombrado Julio César Guibovich en razón de ser cónyuge sobreviviente; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.– Valdez Tudela.– Eguren.– Gonzales.– Se publicó.– Lizandro Tudela Valderrama.– Secretario.

R. de los T.– 1938; p. 204

XII,9) *Los hijos nacidos de un matrimonio nulo, heredan al padre en concurrencia con los hijos legítimos, si no se acredita la mala fe de la madre al contraer el matrimonio ilegal.*

SENTENCIA DE VISTA

Lima, diciembre 6 de 1937

Vistos; confirmaron la sentencia apelada de fs. 57 vta., su fecha agosto 4 de 1937, que declara fundada en parte la demanda; con lo demás que contiene; y los devolvieron.— Cancino.— Rodríguez Llerena.— Checa.— Se publicó conforme a ley.— Rivero.

Certifico que el voto singular del señor Cancino es el siguiente: Por los fundamentos de la sentencia apelada, y atendiendo: a que en autos no se ha probado, en forma alguna, que Dolores Oliver, madre de los demandados, contrajera matrimonio de mala fe con don Neptalí Cabello Ramos, por lo que es aplicable al art. 171 del Código Civil derogado: mi voto es porque se confirme la sentencia de fs. 57 vta., su fecha 4 de agosto último.— Cancino.— Rivero, Actuario.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El 20 de noviembre de 1880 casó en Lima Neptalí Cabello con Victoria Silva de cuyo matrimonio nació Carmen.

Victoria Silva falleció en marzo de 1931.

El mismo Neptalí Cabello casó en 25 de diciembre de 1894 en Pativilca con doña Dolores Oliver de 17 años de edad de cuyo matrimonio nacieron los hijos Neptalí, Rosa Mercedes y Amador que fueron declarados sus herederos en procedimiento no contencioso.

Doña Carmen Cabello ha contradicho esta decisión judicial negando todo derecho a los herederos declarados.

La Corte de Lambayeque ha resuelto que la demandante es también heredera de su padre en concurrencia con los hijos del segundo matrimonio, no obstante la manifiesta nulidad de este acto, porque las favorece la buena fe de la madre que se presume, entre otras razones por su corta edad.

NO HAY NULIDAD en la parte de la sentencia recurrida por la Cabello Silva.

Lima, julio 4 de 1938.

Araujo Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, julio 13 de 1938.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 64, su fecha 6 de diciembre último, confirmatoria de la de primera instancia de fs. 57 vta., su fecha 4 de agosto anterior, que declara fundada en parte la demanda contradictoria de fs. una y que doña Carmen Cabello y Silva de Machado es también heredera de su padre legítimo don Neptalí Cabello Ramos, en concurrencia con sus hermanos Neptalí, Rosa Mercedes y Leonidas Amador Cabello Oliver; con lo demás que contiene; condenaron en la multa de 200 soles oro y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Quiroga. — Zavala Loaiza.— Cárdenas.— Ballón.— Velarde Alvarez.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 96.— Año 1938. Procede de Lambayeque.

R.J. P.— 1951; p. 761

SUCESIONES.— Contradicción de declaratoria de herederos.

XII,10) *El hijo nacido dentro de un matrimonio declarado nulo, por encontrarse subsistente el vínculo anterior, tiene la calidad de legítimo, si uno de los cónyuges procedio de buena fe.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1297/950.— Procede de Lima.

Señor: Doña Dolores Sambrano, cuando aún no se había disuelto su matrimonio con don José Miguel Figueroa, contrajo nueva unión con don Carlos A. Boggio, de quien tuvo un hijo llamado Carlos Alberto Boggio Sambrano. Al fallecimiento de don Carlos A. Boggio fueron declarados también como herederos la citada doña Dolores Sambrano y el menor Carlos Alberto.

El matrimonio contraído por doña Dolores Sambrano con don Carlos A. Boggio fue declarado nulo; como aparece de la copia certificada de fs. 1.

Doña Yolanda Boggio de Giudice y doña Aída Boggio han interpuesto demanda contradictoria de la sentencia recaída en el procedimiento sobre declaratoria de herederos, a efecto de que se declare que no son herederos de su finado padre, ni doña Dolores Sambrano ni el hijo de éste el menor Carlos

Alberto.

Contradicha la demanda a fs. 9 y sustanciada la causa el Juzgado de Primera Instancia en la sentencia de fs. 49, declaró fundada en parte la demanda, o sea que doña Dolores Sambrano no es heredera, y confirmada dicha sentencia por la Corte Superior de Lima a fs. 74, las demandantes traen recurso de nulidad.

Si bien está acreditado que doña Dolores Sambrano actuó con mala fe al contraer matrimonio con don Carlos. A. Boggio, no lo está que éste procediera en igual forma, presumiéndose su buena fe, razón por la que los efectos de ese matrimonio nulo no pueden alcanzar al menor Carlos Alberto Boggio Sambrano, conforme a lo que establece la segunda parte del art. 157 del Código Civil.

El referido menor, tiene, por consiguiente, los derechos y la calidad de hijo legítimo de su padre don Carlos A. Boggio.

Por lo expuesto, opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 11 de Mayo de 1951.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinticinco de mayo de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista dé fojas setenticuatro, su fecha diez de noviembre del año último, que confirmando la de primera instancia de fojas cuarentinueve, su fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos cuarentinueve, declara fundada en parte la demanda de fojas cuatro, interpuesta por doña Yolanda Boggio de Giudice y doña Aída Boggio, y sin lugar la excepción de prescripción deducida a fojas veintiuna por la demanda y, en consecuencia, nulo y sin valor legal el auto de declaratoria de herederos del causante don Alberto Boggio Klauer, en cuanto considera como tal a doña Dolores Sambrano, y sin lugar los demás puntos que la demanda contiene; sin costas; y los devolvieron.

Zavala. Loaiza.— Frisancho.— Eguiguren.— Cox.— Sayán.

Se publicó conforme a ley.— Francisco Velasco Gallo, Secretario.

XII,11) *Los hijos adulterinos de la madre heredan al padre como hijos ilegítimos aun cuando aquellos hubieren contraído matrimonio, posteriormente. En el procedimiento no contencioso no es legal remitir parte de la declaratoria de herederos a la vía ordinaria.*

DICTAMENFISCAL

Señor:

Doña Felipa La Madrid viuda de León, demanda la declaratoria de herederos del que fue su esposo, don Teosodio M. León; fallecido el 5 de noviembre de 1941, y pidiendo se instituya, como a tales, a la recurrente, y a los hijos de ambos, Pablo y Teodosio León La Madrid. Abierto el procedimiento, se apersonan: a fs. 6 doña Ana Porras, por su menor hija Ana Rosalía, procreada en la demanante por el intestado León, y reconocida por éste (fs. 5) y a fs. 10, doña Angélica Garrido, por sus menores hijas, Mauricia y Rosalinda León Garrido, habiendo sido la primera reconocida por su padre, el intestado, pero la segunda no (fs. 8 y 9). Tramitándose la causa, la Garrido, acompañando la partida de matrimonio de fs. 22, de la que aparece que doña Felipa La Madrid contrajo matrimonio con don Julio Mendez, en noviembre de 1894, y que el último falleció (fs. 48) el 15 de marzo de 1919, tacha las partidas de nacimiento de fs. 18 y 19, referentes a los hijos de La Madrid y de León, sosteniendo que éstos no han podido ser legitimados por subsecuente matrimonio, porque cuando nacieron en los años 1914 y 1920, La Madrid era casada; y terminada la tramitación, se oye al Agente Fiscal, a fs. 26, y el Juez resuelve a fs. 27, declarando que don Teodosio León Mayorca, falleció sin testar, y que son sus herederos, su cónyuge sobreviviente (partida de fs. 17) doña Felipa La Madrid viuda de León; sus hijos legitimados, Pablo Teodosio y Teodosio Antonio León La Madrid, y sus hijas ilegítimas, reconocidas, Ana Rosalía León Porras, y Mauricia León Garrido, en la proporción que les designa la ley; y declara que no hay lugar a la institución de heredera de la menor Rosalinda Garrido, cuyo derecho deja a salvo para la vía ordinaria.

Doña Angélica Garrido apela, a fs. 30, y el Fiscal opina por la confirmatoria a fs. 39, resolviendo el Tribunal, a fs. 103, en el sentido de confirmar la sentencia en la parte que instituye heredera a la viuda y a las

hijas ilegítimas, León Porras y León Garrido, y manda a la vía ordinaria a la menor Rosalinda Garrido; la revoca en la parte que declara herederos a los León La Madrid, a quienes también remite a la vía ordinaria; lo que origina recurso de nulidad del personero de doña Felipa La Madrid, de fs. 105, concedido por auto de su vta. Como los otros interesados han consentido en la sentencia, y la recurrente no puede reclamar de la parte que ampara su derecho, sólo toca a esta Suprema Corte resolver respecto de la parte revocatoria que excluye de la herencia a los León La Madrid.

Se funda la recurrida, para desconocer el derecho de los hijos nombrados, en que sus partidas de nacimiento han sido objeto de tacha fundada en un instrumento público, como es la partida de matrimonio de fs. 22, que acredita lo ya relatado, capaz de hacer improcedente su legitimación, porque esos hijos lo son del marido del matrimonio, conforme a la ley, y no de León; pero esta argumentación no es bastante para fundar la revocatoria: porque conforme al art. 1218 del C. de P.C. es obligatorio declarar herederos, a quienes hayan acreditado su derecho con prueba instrumental, y en el caso de autos, las partidas de fs. 17 y 18, que son instrumentos públicos, demuestran la condición de hijos ilegítimos del intestado, a los dos indebidamente excluidos en la resolución Superior, Pablo Teodosio León y Teodosio Antonio León La Madrid, y cuya legitimación ha quedado realizada con el matrimonio que contrajeron sus padres, doña Felipa La Madrid y el intestado don Teodosio León, sin que sea óbice para ello, que la primera hubiese sido casada cuando nacieron, porque habiendo muerto León en el año 41 (fs. 1) la sucesión se rige por el nuevo Código Civil, y el art. 314, autoriza la legitimación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, por el subsiguiente matrimonio de los padres, y por declaración judicial; el 317, da a los hjos legitimados por subsiguiente matrimonio, los mismos derechos que a los legítimos; y aún más, el 319, permite la legitimación, por declaración judicial, aún respecto de los hijos de cónyuge casado, en las condiciones que allí se señala, y que por coincidir con las del caso estudiado, habrían hecho procedente esa declaración si no hubiese sido procedente la legitimación por el matrimonio contraído.

Pero hay algo más: a fs. 83 y 84, corren los testimonios de las escrituras públicas, por las cuales, en los años 1938 y 1927, el intestado León reconoció, expresamente, a sus dos hijos habidos en la señora La Madrid.

Cabe hacer presente de que no se trata de heredar a la madre, que era la

casada cuando los hijos nacieron, sino al padre, que era soltero en esa oportunidad, y que como tal ejercitó el derecho que la ley le da de reconocer a sus hijos naturales.

Apoyado en estas consideraciones opina el Fiscal, que procede declarar que HAY NULIDAD en la resolución de vista recurrida, en la parte materia del recurso traído; reformándola, en esa parte revocatoria confirmar la de Primera Instancia, que declara herederos del intestado a sus hijos legitimados, Pablo Teodosio y Teodosio Antonio La Madrid; y estando a los términos del art. 1218 del C. de P.C. declarar INSUBSISTENTE la última parte de la resolución confirmatoria y de la confirmada, que remite a la vía ordinaria la acción de la menor, ya que cuando se instituye herederos en la vía sumaria, no procede la remisión a la vía ordinaria, la que está expedita para los no han sido amparados en la primera.

Lima, octubre 23 de 1943.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, octubre de 1943.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 103 vta., su fecha 15 de mayo del año en curso, en la parte materia del recurso, y reformándola, confirmaron la apelada de fs. 27, su fecha 30 de marzo anterior, que declara que también son herederos de don Teodosio M. León, sus hijos ilegítimos reconocidos don Pablo Teodosio León y don Teodosio Antonio León La Madrid; declararon insubsistente el fallo de vista y el apelado en la parte que deja a salvo el derecho de la menor Rosalinda Garrido para que lo haga valer en la vía ordinaria, sin costas; y los devolvieron.— Valdivia.— Ballón.— Pastor.— Benavides Canseco.— Noriega.— Se publicó conforme a ley.— A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 1008.— Año 1943. Procede de Junín.

R. J. P.— 1944; p. 33

XII,12) Derechos hereditarios de hijos legitimados. Aplicación del art 770 del C.C.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Manuel Zapata Núñez, falleció sin otorgar testamento, y solicitada, por su hijo legítimo reconocido, Santos Rafael Zapata Seminario (fojas 15), que se declara quienes eran sus herederos, se abrió el procedimiento que ordena la ley, y a él se han apersonado, todos los que se mencionan en el dictamen del Agente Fiscal y en la sentencia, figurando, entre ellos, doña Luisa Bran y sus menores hijos, Teresa, Manuel, Belisario, Clara y Luisa Zapata Bran; habiendo sido reconocidos por el padre, los dos primeros y legitimados, todos, por subsiguiente matrimonio, contraído en artículo de muerte. Oído el Agente Fiscal, a fojas cuarentiuno, el Juez sentencia, a fojas cuarentidós, declarando herederos, a la viuda, Luisa Bran y sus cuatro hijos ya nombrados, y a los hijos ilegítimos que han acreditado su derecho, estableciendo prelación entre unos y otros; deja a salvo el derecho de aquellos a quienes no ha amparado, y para que se haga valer, también, respecto de la imputación de la partida de matrimonio. Esta sentencia es apelada: por la parte de Rafael Zapata, a fojas 46, y por la de la viuda a fojas 47, respecto de la prelación que establece; y oído el Fiscal, a fojas 50, el Tribunal Superior, confirma la sentencia en cuanto instituye heredera de la viuda, a dos de los hijos de ésta y del intestado, que nombra; a los hijos ilegítimos que también menciona; la confirma, asi mismo, en cuanto deja el derecho a salvo; la revoca en la parte que establece prelación para los herederos, y resultando discordia en cuanto a la condición de los hijos de la Bran, Luisa y Clara Zapata, se resuelve este punto en el auto complementario de fojas 57 vuelta, confirmando la sentencia, en la parte que los declara herederos, con el voto de fojas 58, de los doctores Arbulú y Chueca Mellet, por la revocatoria. A fojas 59 vuelta, se concede el recurso de nulidad, de fojas 56, interpuesto por la parte de Santos Rafael Zapata, que impugna la partida de matrimonio y niega el derecho de la viuda y de los hijos de ésta.

Para acreditar el matrimonio del intestado con doña Luisa Bran, existe la partida de fojas 23, que acredita su celebración, por el Sacerdote, con las formalidades de ley, y que siguiendo las mismas (artículos 120 y 124 del C.C.), ha sido inscrito en los Registros Civiles; y por consiguiente, ese documento surte todos sus efectos y ampara los derechos de aquellos a quienes favorece, mientras no se declare su nulidad en el correspondiente

juicio ordinario. De los cuatro hijos procreados por el intestado, en la Bran, Clara y Luisa, no fueron reconocidos por el padre (fojas 5 y 25); pero el matrimonio subsiguiente, de aquellos que lo procrearon y concibieron, los ha legitimado, ya que, para los efectos de la legitimación, no es necesario que los hijos ilegítimos, hayan sido, previamente, reconocidos por el padre, según las disposiciones de la ley vigente. Conforme a las mismas, todos los hijos pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio, salvo, que los contrayentes tuvieran hijos legítimos o descendientes de éstos, lo que no ocurre en el caso de autos (artículo 315). Los derechos de doña Luisa Bran viuda de Zapata, y de sus cuatro hijos legitimados, a la herencia del intestado, están amparados por el artículo 760 del C.C. sin que pueda oponerse, para la primera, lo que preceptúa el artículo 770 del mismo Código, porque él no tiene el carácter restringido que se le pretende dar, referente a que los hijos hayan sido habidos después de la ceremonia matrimonial, sino simplemente la exigencia de que haya tenido hijos, cuando no han transcurrido el año, que es lo que ha pasado en el caso estudiado.

Si la Corte Suprema, encontrara acertadas las razones que se consignan en este dictamen, y las que se aducen en la sentencia de Primera Instancia y en la Resolución Superior y auto complementario, en el punto a resolver, materia del recurso traído, debe declarar que NO HAY NULIDAD en la resolución de vista.

Lima, marzo 20 de 1944.

Palacios

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 10 de abril de 1944.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuentisiete vuelta, su fecha siete de mayo de mil novecientos cuarentitrés, y resolución complementaria de fojas sesenta, su fecha diecisiete de julio del mismo año, que confirmando la apelada de fojas cuarentidós, su fecha diecinueve de noviembre anterior, declara que los herederos de don Manuel Zapata Núñez, son doña Teresa, doña Luisa, doña Clara y don Manuel Belisario Zapata Bran, en calidad de hijos legítimos; don Santos Rafael Zapata Seminario; don Rodrigo, doña Adelaida y don Belisario Zapata Zapata y don

Manuel Zapata Calle, como hijos ilegítimos reconocidos y la cónyuge sobreviviente doña Luisa Bran; con todo lo demás que contiene; condenaron en la multa de doscientos soles y en las costas del recurso y a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Arenas.— Valdivia.— Portocarrero.— Pastor.— Benavides Canseco.

R. J. P.— 1955; p. 1841
HERENCIA.— Del cónyuge

XII,13) *1.— En el procedimiento no contencioso de declaración de herederos no puede ser declarada heredera de su marido la mujer de quien contrajo un primer matrimonio, porque debe demostrar que contrajo la unión de buena fe.*
2.— Los hijos habidos en un segundo matrimonio no tienen el carácter de hijos legítimos del bígamo.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 566/54. — Procede de Cuzco.
Señor:

Solicitada judicialmente la declaratoria de herederos de don Lucas Ruiz Calle, fallecido el 3 de marzo de 1951, según certificado de fs. una, llenados los trámites y ofrecidas las documentales del caso, se pronuncia sentencia a fs. 39 v., declarando el fallecimiento intestado y por sus herederos a sus hijos legítimos Antolín, Dominga, Constantina y Natalia Ruiz Montoya y a la cónyuge sobreviviente doña Martelina Montoya viuda de Ruiz, y como hijos ilegítimos, a Mario Rodolfo, Leopoldo, Laura Leonor, Tomasa, Luz Marina, Fidel Emeterio y León Washington Ruiz Mena y sin lugar la pretensión de doña Leonor Mena a participar de la herencia, con el título de esposa del causante. Al ser apelada, la Superior del Cuzco, de acuerdo con el dictamen de su Fiscal, revoca la anterior en cuanto considera como universales sucesores a los hijos legítimos y a la viuda, madre de éstos, y a los hijos ilegítimos; excluye a la citada viuda, y declara con iguales derechos de sucesión a los doce hijos y sin derecho a las dos tituladas cónyuges. Interpone recurso de nulidad doña Leonor Mena.

El certificado matrimonial de fs. 12 demuestra que Lucas Ruiz contrajo primer matrimonio con doña Marcelina Montoya, el 8 de febrero de 1924, que aunque canónico, tiene valor conforme al inc. 3o. del art. 400 del C. P. C. Los hijos de este matrimonio, los cinco nominados anteriormente, están en la condición de legítimos, ya que la unión de los padres se realizó con las formalidades establecidas por el art. 156 del C.C. derogado. La madre de éstos, como cónyuge supérstite es heredera de su marido aún cuando sólo hubiera contraído matrimonio religioso, puesto que el acto se celebró bajo la

vigencia del C.C. del 52, aunque no se hubiera inscrito en los RR. del E.C.

Si el mismo sujeto contrajo posterior matrimonio –civil-religioso– como consta de las partidas de fs. 18 y 19, con doña Leonor Mena, en quien hubo los otros siete hijos, éstos no pueden ser tenidos como legítimos y con iguales derechos a los anteriores, ni la madre podría ser tenida como esposa, porque quien es cónyuge de un hombre casado anteriormente, no puede ser declarada heredera de éste, en el procedimiento no contencioso de declaración de herederos, ya que debe demostrarse en la vía ordinaria que contrajo matrimonio con el bígamo de buena fe.

Por estas consideraciones, estimo que la sentencia de primera instancia está en la verdad, no así la recurrida, cuyos fundamentos carecen de legalidad.

Opino, por lo tanto, que si la Sala participa de la opinión de su Fiscal, podría servirse declarar que HAY NULIDAD en la de vista, en la parte revocatoria de la apelada; reformando la primera, confirmando la segunda en todos sus extremos.

Lima, 19 de agosto de 1954.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dieciocho de setiembre de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesenta vuelta, su fecha veintinueve de setiembre de mil novecientos cincuentitrés y reformándola confirmaron la de Primera Instancia de fojas treintinueve vuelta su fecha treinta de diciembre de mil novecientos cincuentidós que declara como herederos de don Lucas Ruiz Calla a su cónyuge doña Marcelina Montoya, a sus hijos legítimos Antolín, Dominga, Constantina, Ascencia y Natalia Ruiz Montoya y en su condición de ilegítimos a Mario Rodolfo, Leopoldo, Laura Leonor, Tomasa, Luz Marina, Fidel Emeterio y León Washington Ruiz Mena; con lo demás que esta sentencia contiene; y los devolvieron.– Sayán Alvarez.– Maguiña Suero.– Valverde.– Lengua.– Ramírez.– Se publicó.– Dagoberto Ojeda del Arco. Secretario.

R. de los T.– 1948; p. 207

XII,14) *Los hijos adulterinos son también herederos del padre; en la proporción de ley.*

DICTAMEN DEL AGENTE FISCAL

Señor:

La declaratoria de herederos de don F. . . L. . . R. . . V. . . fallecido en esta capital el 21 de mayo del año en curso, debe hacerse a favor de sus hijos legítimos Oscar y Julia Herminia L. R. . . Q. . ., y de su hija ilegítima Virginia L. R. . . y M. . ., de conformidad con el mérito de las partidas acompañadas y por aplicación de lo sidpuesto en los artículos 760 y 762 del C.C.

Salvo mejor parecer.

Lima, noviembre 13 de 1937.

Bueno de la Fuente

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, noviembre 22 de 1937.

Autos y vistos; con lo expuesto por el señor Agnete Fiscal, en el dictamen de fs. 18; y atendiendo; a que doña V. . . L. . . R. . . y M. . . no está amparada por el art. 762 del C.C., por haber tenido lugar su nacimiento y reconocimiento cuando el G. . . L. . . R. . . V. . . tenía contraído matrimonio, según es de verse de la partida de fs. 7; se declara que el G. . . F. . . L. . .R. . . V. . . falleció sin otorgar testamento, y que son sus herederos sus hijos legítimos, don O. . . y Doña J. . . L. . . R. . . Q. . .; notificándose esta resolución al Departamento de Recaudación de la Caja de Depósitos y Consignaciones, para los efectos del pago de impuesto a la herencia, a que hubiere lugar.– Bustamante.– Ante mí García.

DICTAMEN DEL FISCAL DE LA CORTE SUPERIOR

Señor:

Habiendo contraído matrimonio el G. . . F. . . L. . . R. . . V. . . con

doña S... Q..., el 15 de junio de 1891, el reconocimiento que hizo como hija natural, de V... L... R... y M..., el 30 de enero de 1899, es nulo, porque conforme a lo dispuesto en el art. 236 del C.C. vigente entonces, a dicha V... L... R... y M... no podía dársele el título de hija natural, sino el de adulterina, desde que fue procreada cuando su padre tenía impedimento para contraer matrimonio con su madre.

Pero como el nuevo C.C. ha modificado sustancialmente las disposiciones del anterior, en lo que se refieren a la sucesión, reconociendo el derecho de heredar a toda clase de hijos, sin distinción alguna, los jueces no pueden excluir a los hijos adulterinos, por el hecho de tener tal calidad, sin infringir la ley.

El auto apelado no está pues arreglado a las disposiciones legales vigentes y debe revocarse, declarándose también heredera del G. F. L. R. V. a su hija adulterina V. L. R. M., dejándose a salvo el derecho de la cónyuge sobreviviente, que no lo ha hecho valer en este procedimiento, para el caso de que tuviere a bien ejercitarlo.

Lima, diciembre 13 de 1937.

Villegas

SENTENCIA DE VISTA

Lima, diciembre 27 de 1937

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, revocaron el apelado de fs. 19, del 22 de noviembre último, que declara que sólo son herederos de G. F. L. R. V., sus hijos legítimos don O. y doña J. L. R. Q.; declararon que, además de sus citados hijos, es también heredera del intestado su hija ilegítima doña V. L. R. M.; y los devolvieron. Mata.— R. Noriega.— J. Noriega. Se publicó conforme a ley.— C. Borja, G. Secretario.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Por los fundamentos del dictamen fiscal de fs. 29, opino que: NO HAY NULIDAD en la parte recurrida del fallo de vista, que declara que también es heredera doña V. L. R. y M., hija ilegítima de don F. L. R. y V.

Lima, mayo 21 de 1938.

Muñoz

RESOLUCION SUPREMA

Lima, junio 4 de 1938

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 30, su fecha 27 de diciembre último, en la parte materia del recurso, por la que revocando la de primera instancia de fs. 19, su fecha 22 de noviembre anterior, declara que es también heredera don F. L. R. V., su hija ilegítima doña V. L. R. y M.; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Quiroga.— Zavala Loaiza.— Cárdenas.— Ballón.— Velarde Alvarez.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 281.— Año 1938

Procede de Lima.

RJP, 1953; pag. 1232

HERENCIA.— DE hijos ilegítimos.

XII, 15) *Los hijos ilegítimos no reconocidos, que hubieren nacido durante la vigencia de la Legislación Civil abrogada, carecen de derecho para demandar el reconocimiento judicial de la paternidad y heredar al causante, quien ha fallecido encontrandose en vigor la nueva legislacion civil, que permite dicha acción.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 10/51.— Procede de Arequipa.

Señor: Doña Natalia Uría falleció bajo el imperio del testamento que otrogó por escritura pública de 14 de marzo de 1935, en el que instituía, en un de sus cláusulas, heredera de una casa a la Universidad Católica de Arequipa, cláusula que fué declarada caduca en razón de no existir tal institución docente, como es de verse del expediente acompañado que siguió la Sociedad de Beneficencia de Arequipa.

Terminado dicho juicio se solicitó la declaratoria de herederos, procedimiento que se mandó ordinarizar porque los pretendientes a la herencia, doña Matilde Raimunda, don Antonio y don José Manuel Valdivia

no pudieron comprobar su derecho.

La Sociedad de Beneficencia de Arequipa ha entablado demanda en la vía ordinaria reclamando la herencia de doña Natalia Uría, acción que han contradicho don Antonio y doña Matilde Raimunda Valdivia para que a ellos se les declare herederos en unión de su hermano don Juan Manuel Valdivia.

Tramitada la causa el Juzgado de Primera Instancia ha declarado fundada la demanda en la sentencia de fs. 135, la que ha sido confirmada por la de vista de fs. 168 v., de la que recurren los demandados.

En este nuevo juicio, los demandados no han probado el vínculo de parentesco que les une a doña Natalia Uría, no existiendo más que indicios de que la citada doña Natalia y don Daniel Valdivia, padre de los demandados, fueron hermanos.

Pero como lo hace notar el Fiscal de la Corte Superior, aun en el supuesto de haberse comprobado el vínculo, carecerían los demandados de derecho a heredar por lo dispuesto en los art. 891 y 913 del C. C. derogado, por tratarse de parentesco ilegítimo que no pudo ser materia de reconocimiento. En efecto se sostiene que doña Natalia Uría y don Daniel Valdivia son hijos del prebístero doen Mateo Valdivia Eglesias.

Por lo expuesto opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 6 de diciembre de 1951.

Sotelo

RESOLUCION SUPRÈMA

Lima, tres de agosto de mil novecientos cincuentitres.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento sesentiocho vuelta su fehca treintiuno de octubre de mil novecientos cincuenta, que confirmando la aplelada de fojas ciento treinticinco, su fecha catorce de mayo de mil novecientos cuarentiocho, delcara fundada la demanda de fojas una y, en consecuencia, no existiendo herederos legales de doña Natalis Uría la herencia vacante corresponde a la Sociedad de Beneficiencia Pública de Arequipa; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Sayán Alvarez.— Checa.— Maguiña.— Valverde.— Serpa.

Se publicó.— Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

RJP.– 1952; pag. 2596.
DELCARACION DE HEREDEROS.–

XII, 16) *Los hijos ilegítimos son herederos de quien los reconocio como tales, aún cuando hubieran nacido dentro de la vigencia del C. C. derogado, y hubieran tenido la condición de afulterinos conforme a esa legislación, si el fallecimiento del padre se hubiera producido dentro del regimén del vigente C. C.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 320/947.– Procede de Lambayeque.

Señor: En el procedimiento sobre declaratoria de herederos de don Manuel de la Encarnación Velásquez, han sido declarados como tales sus hijos legítimos don Juan de Dios y don Juan Bautista Velásquez habidos en su matrinonio con doña Antonia Guillermo, y sus hijos ilegítimos Obdulia Victoria, Esteban y Daniel Velásquez habidos en sus relaciones con doña María Trinidad Guillermo.

Don Juan de Dios Velásquez interpone recurso de nulidad de la sentencia de vista de fs. 43, en la parte que confirmando la de Primera Instancia de fs. 27, declara herederos a los nombrados hijos ilegítimos.

Sostiene el recurrente que como éstos fueron concebidos en época en que su padre estaba casado tienen la condición de adulterinos y carecen de derecho a la herencia de acuerdo con las disposiciones del Código Civil de 1852, bajo cuyo imperio nacieron Obdulia Victoria, Esteban y Daniel, según consta de las partidas de fs. 12, 13 y 14.

Se trata de una herencia causada bajo el imperio del Código actual, pues don Manuel de la Encarnación Velásquez falleció en diciembre de 1944 teniendo derecho a élla todos los hijos, legítimos e ilegítimos, conforme a lo que establece el Art. 1830 del C. C.

De las partidas de fs. 12, 13, y 14, aparece que el causante reconoció a sus citados hijos ilegítimos.

Opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 3 de febrero de 1951.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, primero de julio de mil novecientos cincuentidós.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuarentitrés, su fecha treinta de octubre de mil novecientos cuarentisiete, en cuanto confirmando la apelada de fojas veintisiete, su fecha doce de mayo del mismo año, declara el fallecimiento intestado de don Manuel Velásquez y Velásquez, y que son sus herederos legales, sus hijos legítimos, Juan de Dios y Juan Bautista Velásquez Guillermo, así como sus hijos ilegítimos reconocidos Obdulia Victoria, Esteban y Daniel Velásquez, con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Eguiguren.— Sayán Alvarez.— Mares.— Maguiña.— Valverde.

Se publicó conforme a ley.— Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

R. J. P.— 1957; p. 60

DIVISION Y PARTICION ENTRE HEREDEROS.— Concurrencia de cónyuge con hijos ilegítimos.

XII,17) *Cuando la herencia está constituida únicamente por bienes propios del causante, corresponde al cónyuge sobreviviente las dos terceras partes y al hijo ilegítimo la otra tercera parte.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 150/54.— Procede de Lambayeque.

Señor:

A fs. 1 doña Emilia Carrero viuda de Llatas entabla demanda de división y partición contra don Andrés Llatas Quintos, respecto al terreno denominado "Cachacara" ubicado en la estancia del mismo nombre y solicita que el nombrado terreno se divida entre la actora, como cónyuge sobreviviente y el demandado en su condición de hijo ilegítimo del causante, manifestando que por aplicación de lo dispuesto por los arts. 765 y 762 del C.C. le corresponde las dos terceras partes del citado terreno a la actora y una

tercera parte al demandado, y como éste se encuentra en posesión del bien y lo explota, demanda que se le pague los frutos desde el fallecimiento de su finado cónyuge. A fs. 3 el demandado contesta la acción, alegando, que a la actora sólo le corresponde la tercera parte del terreno, porque la demandante abandonó a su finado padre. Abierta la causa a prueba y tramitada con arreglo a ley, el Juez de Primera Instancia expide sentencia a fs. 17, declarando fundada la demanda y la Corte Superior de Lambayeque por resolución de fs. 48 ha confirmado el fallo apelado, lo que motiva el recurso de nulidad concedido al apoderado del demandado por auto de fs. 50 vta.

El demandado no ha llegado a probar en autos el abandono alegado, ni quién motivó dicho abandono, por lo que la alegación formulada en tal sentido por don Andrés Llata Quintos para que solamente le corresponda a la actora, la tercera parte del terreno, carece de importancia y no puede enervar el derecho de doña Emilia Carrero viuda de Llatas, quien en su condición de sobreviviente, tiene derecho a las dos terceras partes del citado terreno y los frutos del mismo. El demandado, según lo actuado, es hijo ilegítimo del causante y como a tal sólo le corresponde la tercera parte del bien cuestionado y según el documento de fs. 9 ha pagado el impuesto a la herencia, a una tercera parte solamente, procediendo en consecuencia, declarar fundada la demanda de fs. 1.

Por lo expuesto opino, que NO HAY NULIDAD en la sentencia de vista, salvo mejor parecer.

Lima, 10 de mayo de 1954.

García Arrese

RESOLUCION SUPREMA

Lima, treintiuno de octubre de mil novecientos cincuentiséis.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal; y considerando además: que la herencia de que se trata está constituida sólo por bienes propios del causante: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuarentiocho, su fecha cinco de agosto de mil novecientos cincuentitrés, que confirmando la apelada de fojas diecisiete, su fecha treinta de setiembre de mil novecientos cincuentidós, declara fundada la demanda de división y partición interpuesta a fojas una por doña Emilia Carrero viuda de Llatas contra don Andrés Llatas Quintos, y que dos terceras

partes del terreno materia de la acción corresponden a la actora y una tercera parte al demandado; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Eguiguren.— Bustamante Cisneros.— Garmendia.— Alva.— Tello Velez.— Se publicó. Walter Ortiz Acha. Secretario.

ANALES JUDICIALES.— 1942.— p. 336

XII,18) *Todos los hijos ilegítimos siempre que estén reconocidos, son herederos del padre, cualquier que sea su condición respecto de la madre.*

Recurso de nulidad interpuesto por doña Victoria Araujo, en la causa que sigue con la Sucesión de don Santiago Acosta, sobre declaratoria de herederos.— Procede de La Libertad.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Santiago Acosta, falleció el 12 de junio de 1941, sin otorgar testamento, y su madre, doña Zoila Acosta viuda de Acosta, con la partida de defunción que acredita ese fallecimiento, solicita se haga la declaratoria de herederos de su hijo, instituyéndose a ella, como tal, conforme al art. 760 del C.C. (fs. 1 y 2). Abierto el procedimiento se apersona, al mismo, doña Victoria Araujo (fs. 5), acompañando la partida de fs. 4, correspondiente a la menor Bertha Victoria Acosta, nacida el 11 de febrero de 1938, y declarada y reconocida por el padre, el intestado, pide la herencia de éste para aquella. Para pretender desvirtuar el derecho alegado en favor de la menor, la viuda de Acosta impugna la partida, en referencia, sosteniendo que por cuanto la madre, Victoria Araujo, era casada con Manuel Vera cuando nació la menor Bertha, ésta es hija del matrimonio Vera-Araujo, conforme al art. 299 del C.C., teniendo por padre al marido de la Araujo, o sea a Vera, según aparece de la partida de fs. 8, que acredita ese matrimonio, y de que la misma Araujo confiesa que Vera vive.

Llenados todos los trámites de ley, se oye al Ministerio Fiscal a fs. 37, y

resuelve el Juez a fs. 38, declarando como heredera del intestado a la menor Bertha Victoria Acosta Araujo; y el Tribunal Superior de La Libertad, resolviendo la apelación interpuesta a fs. 41, después de oír al Fiscal, que opina por la confirmatoria del auto apelado (fs. 45 vta.), así lo resuelve a fs. 68, con los votos discordantes, a continuación, que opinan por la revocatoria. La parte de la viudad de Acosta, hace valer recurso de nulidad concedido a fs. 71.

Conforme al art. 352 del C.C., el reconocimiento de los hijos ilegítimos puede hacerse por el padre, y ese reconocimiento es prueba plena de la filiación paterna ilegítima por disponerlo así el art. 350 del mismo Código; y como en la partida de fs. 4, Santiago Acosta, en su carácter de padre de la menor Bertha Victoria, hace la declaración y sienta la partida de nacimiento de su hija, habida en la Araujo, ese documento auténtico prueba la filiación; sin que el hecho de que diera el nombre de la madre contra prohibición de la ley invalide el acto mismo del reconocimiento, que ya no puede ser revocado ni desconocido, conforme a ley, ni puede privar de su eficacia jurídica a fsvor de la menor. Conforme lo dice el Fiscal de la Corte Superior (fs. 44 vta.), el espíritu que informa el actual Código Civil, es a favor de todos los hijos, sin excluir a los adulterinos; y en el caso de autos, la menor no tiene ese carácter para el padre, que es a quien va a heredar, sino con relación a la madre que era la casada cuando la concibió; y los arts. 760 y 772 del referido Código, reconocen derecho hereditario de primer orden, a toda clase de hijos, excluyendo a los del segundo orden.

Si la partida de defunción de fs. 1, acredita el fallecimiento de Santiago Acosta; si la de fs. 4, comprueba que Bertha Victoria Acosta es hija natural, reconocida de aquel; si el certificado notarial (fs. 3 vta.), hace ver que el fallecido no otorgó testamento; y si el art. 1218 del C. de P.C., obliga a instituir heredero del intestado al que pruebe o acredite su derecho con prueba instrumental, es evidente que carece de objeto todo lo alegado con referencia al matrimonio de la madre, y la tacha a la partida de la hija reconocida, ya que éste último punto no puede ser discutido y resuelto en el presente procedimiento sumario.

Si realmente la menor Bertha hubiera sido considerada como hija del matrimonio, el esposo Vera habría procedido a verificar la inscripción de su nacimiento, como lo ha hecho con los otros 5 hijos a que se refieren las partidas exhibidas, y esa omisión, porque no se ha exhibido partida de Bertha

como hija del matrimonio, está demostrando que no la han considerado tal, Vera y su esposa, y que es perfectamente procedente y cierto el reconocimiento que a favor de ella, hizo el intestado.

No basta que la mujer haya sido casada y que viva el marido, sino es necesario que se pruebe que la unión, entre ambos existe en la época de la procreación del hijo, para que pueda aplicarse la disposición legal que considera como padre de tal, al marido durante el matrimonio; y en el caso de autos, esa prueba no se ha producido; convenciendo más bien lo anteriormente aducido, que tal unión no era existente cuando nació la menor Bertha.

Por todas estas consideraciones, opina el Fiscal que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la resolución recurrida.

Lima, julio 25 de 1942.

Palacios

RESOLUCION SUPREMA

Lima, noviembre 9 de 1942.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 68, su fecha 24 de abril del año en curso, que confirmando la de primera instancia de fs. 38, su fecha 10 de diciembre anterior, declara a doña Bertha Victoria Acosta Araujo única heredera de don Santiago Acosta y Acosta, con lo demás que contiene; condenaron en la multa de 200 soles y en las cotas del recurso a la parte que lo interpuso y los devolvieron.

Zavala Loaiza.— Valdivia.— Portocarrero. Ballón.— Pastor.

Se publicó conforme a ley.— A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 486. Año 1942.

R. J. P.— 1951; p. 630

DERECHO DE SUCESIONES.— Contradicción de la declaración de herederos.— Reconocimiento de la paternidad ilegítima.

XII,19) *1.— Si los hermanos del causante declarados herederos en concurrencia con la cónyuge supérstite, convienen en que la demandante es hija del pre-muerto, lo que importa que serán*

excluidos de la herencia, desde que esta habrá de deferirse a la hija y al cónyuge sobreviviente, semejante declaración deberá apreciarse en sentido favorable en el juicio contradictorio de declaración de herederos y reconocimiento de la paternidad.

2.– La presunción legal de que el hijo habido en el matrimonio tiene por padre al marido no es jure et de jure, sino juris tantum, por lo que debe ponderarse el mérito de otras pruebas emanadas directamente de aquél, cuya paternidad se reclama, entre las que existen el escrito indubitado que la ley exige.

3.– No es bastante para probar el matrimonio una copia certificada que contiene un resumen de la partida que se afirma existir en los registros de estado civil de un país extranjero.

4.– Para otorgar validez a un matrimonio celebrado en el extranjero deberá probarse con arreglo a la legislación vigente, que el acto se realizó de acuerdo con la ley del estado extranjero que regía al tiempo de dicha celebración.

5.– Carece de eficacia el matrimonio realizado en el extranjero por un peruano, durante la vigencia del C.C. de 1852, si no se ha tomado razón de dicho matrimonio en los registros de estado civil del Perú al regresar el nacional a nuestro país, como lo exige el art. 159 del Código abrogado.

DICTAMEN FISCAL

Exp. No. 2388/948.– Procede de La Libertad.

Señor: El 3 de setiembre de 1943, falleció el Dr. Alejandro Barúa Ganoza; y seguido el procedimiento sobre declaratoria de sus herederos fueron declarados como tales su cónyuge sobreviviente doña Emilia González Orbegoso de Barúa Ganoza, así como sus hermanos doña Julia Rosa, doña María Mercedes Genoveva, doña Isabel Graciela y don Gustavo Rufino Barúa Ganoza. Tramitado dicho procedimiento, doña Alejandrina Elena Barúa de León Ramírez, ha interpuesto recurso demanda, en la vía ordinaria, sobre contradicción de la sentencia recaída en el procedimiento sumario y de reconocimiento de paternidad, como hija ilegítima del intestado Dr. Alejandro Barúa Ganoza, cuyos hermanos nombrados, que fueron declarados herederos, han convenido en la demanda reconociendo que la actora es hija

única del Dr. Barúa Ganoza. Por escrito de fs. 96, doña Emilia González Orbegozo de Barúa Ganoza, ha contradicho la acción, sosteniendo que la demandante no es hija del que fue su esposo Dr. Alajejandro Barúa Ganoza; pues doña Concepción Navarro madre de la actora, es casada, y de su matrimonio nació la niña, hoy Señora Elena de León Ramírez.

Tramitada la causa; el juzgado de Primera Instancia en la sentencia de fs. 251, ha declarado fundada la demanda y que la demandante es hija ilegítima del Dr. Alejandro Barúa Ganoza y como tal su heredera legal en concurrencia con la cónyuge sobreviviente, con exclusión de los hermanos del precitado Dr. Barúa Ganoza. Esta sentencia ha sido confirmada por la Corte Superior de La Libertad a fs. 511, originando recurso de nulidad de doña Emilia Orbegoso de Barúa Ganoza.

Está probado en forma incontestable que la demandante doña Alejandrina Elena Barúa de León es hija natural del Dr. Alejandro Barúa Ganoza. Basta referirse a su partida de bautizo de fs. 271; al retrado de fs. 182, que le dedicó su padre en Febrero de 1933; a las cartas de fs. 183 y siguientes, dirigidas, unas a la demandante y otras a su madre doña Concepción Navarro; a la abundante y conveniente prueba testimonial; a la confesión ficta de la demandada con arreglo al pliego de fs. 204; y al hecho probado en autos en forma instrumental, que cuando la demandante contrajo matrimonio, compareció ante el Alcalde, el Dr. Barúa Ganoza y en su condición de padre de aquélla, prestó su consentimiento para el matrimonio en razón de su menor edad.

Todas estas pruebas demuestran que la demanda es fundada y que se reúnen en el caso de autos la existencia de escrito indubitado del padre en que reconoce la paternidad ilegítima de la demandante, y la posesión constante de dicho estado, justifica por actos directos del padre y de su familia.

Como se ha indicado anteriormente, al contestar la demanda se sostuvo que doña Concepción Navarro, madre de la demandante, fue casada y que de su matrimonio nació la última, y en segunda Instancia se han presentado las partidas de fs. 274 y 275, referentes a los nacimientos ocurridos en los años 1907; y 1909 de dos niños, a quienes don Venturo Morales declaró como hijos legítimos suyos y de doña Concepción Navarro; la copia fotostática de fs. 295, correspondiente a un certificado de matrimonio celebrado en Chile el 2 de setiembre de 1903 entre don Ventura Morales y doña Concepción Navarro; y la partida de defunción de fs. 308, de don Ventura Morales,

fallecido en 12 de diciembre de 1945; y por el mérito de dichos documentos, en especial de la copia fotostática, se sostiene que habiendo nacido la demandante durante la vigencia del matrimonio indicado, es hija de don Ventura Morales de acuerdo con el art. 299 del C.C.

Las partidas de fs. 274 y 306, acreditan el nacimiento las dos primeras y la defunción o la última, pero no otros hechos.

En lo que se refiere a la copia fotostática de fs. 295, cabe hacer presente que no es una copia certificada literal de documento auténtica, sino un resumen del que se dice existir en el Registro de Estado Civil de Antofagasta. Por consiguiente, por sí sólo no es suficiente para acreditar que doña Concepción Navarro contrajo matrimonio con don Ventura Morales.

No se ha acreditado que tal acto se verificó en la hipótesis de ser cierto, de acuerdo con las formalidades exhibidas por las leyes chilenas. Tampoco se ha acreditado cuáles eran las leyes chilenas que regían el acto al momento de celebrarse. De acuerdo con el art. XI del Título Preliminar del Código Civil, quien presentó dicha copia fotostática debió probar la existencia y vigencia de la ley chilena, cosa que no ha hecho.

Pero, siempre en la hipótesis que tal constancia comprobara el matrimonio de la madre de la demandante con don Ventura Morales, tal acto no tendría efectos civiles en el Perú, por haber sido Morales ciudadano peruano, a tenor del art. 159 del C.C., derogado, bajo cuya vigencia se dice realizado tal acto, que establecía que el peruano o peruana que se casaren en país extranjero, harán que dentro de tres meses de su regreso a la República se tome razón de la partida de su matrimonio en el registro civil correspondiente al lugar de su domicilio. Pasado ese término, "se suspenden los efectos civiles del matrimonio hasta que se verifique la inscripción". De acuerdo con dicha disposición legal tal matrimonio no produce efectos civiles en el Perú porque no ha sido inscrito en los Registros del Estado Civil.

Para concluir, es obvio que si la demandante hubiera sido considerada como hija del matrimonio de don Ventura Morales con doña Concepción Navarro, aquel hubiera inscrito en el Registro Civil, como lo hizo con los hijos que tuvo en dicha señora, a que se refieren las partidas de fs. 274 y fs. 275. Esta omisión, siempre en la hipótesis de la existencia del matrimonio, revela que la actora no es hija de don Ventura Morales. Además, dada la naturaleza de la cuestión debatida y pruebas aportadas por la demandante, correspondía a la parte demandada, que sostiene la existencia del matrimonio entre Morales

y la Navarro, probar que existía una real y efectiva vida en común en la época de la concepción de la menor Elena, prueba que no ha aportado.

Las razones que se dejan expuestas, justifican la opinión del suscrito en el sentido de que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida que confirmando la de primera Instancia declara fundada la demanda de doña Alejandrina Elena Barúa de León, sobre contradicción de sentencia y reconocimiento de paternidad.

Lima, diciembre de 1948.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de mayo de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas trescientas once, su fecha diecinueve de setiembre de mil novecientos cuarentisiete, que confirmando la de primera Instancia de fojas doscientas cincuentiuna, su fecha quince de octubre de mil novecientos cuarentisiete, declara fundada la demanda de fojas una, ampliada a fojas cinco, interpuesta por doña Alejandrina Elena Barúa de León contra doña Julia Rosa Barúa Ganoza, doña María Mercedes viuda de Orbegozo, doña Graciela Barúa Ganoza de Talleri, don Gustavo Barúa Ganoza y doña Emilia González Orbegozo de Barúa Ganoza, sobre reconocimiento de paternidad, contradicción a la sentencia de declaratoria de herederos del doctor Alejandro, Barúa Ganoza y derechos hereditarios; y, en consecuencia, que la nombrada doña Alejandrina Elena Barúa de León es hija ilegítima del que fue doctor Alejandro Barúa Ganoza, y como tal su heredera legal en concurrencia con la cónyuge supérstite doña Emilia Gonzales Orbegoso de Barúa, con exclusión de doña Julia Rosa Barúa Ganoza, doña María Mercedes Genoveva viuda de Orbegoso, doña Graciela Barúa Ganoza de Talleri; y don Gustavo Barúa Ganoza, con lo demás que contiene; sin costas y los devolvieron.

Noriega.— Zavala Loaiza.— Lainez Lozada.— Eguiguren.— Delgado. Se publicó conforme a ley.— Francisco Velasco Gallo, Secretario.

R. de los T.– 1939; p. 385

XII,20) *El fallo que condena al pago de alimentos y la demanda sobre entrega de menor, no importan declaratoria judicial o reconocimiento voluntario de paternidad; y, por lo tanto, tales medios de prueba, son ineficaces para heredear al padre ilegítimo.*

RESOLUCION SUPERIOR

Lima, mayo 4 de 1939.

Vistos; en discordia, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal; revocaron el apelado de fs. 20, su fecha 9 de enero último, que declara herederos de don Juan Abelardo Vildoso Rejas a sus hijos Jorge Antonio, Nelly Marina y Abelardo Enrique Vildoso Baca y a la cónyuge sobreviviente doña Carmela Baca vda. de Vildoso, excluyendo a la menor Elsa Irene Vildoso; declararon que esta concurre también a la herencia en su calidad de hija ilegítima; y los devolvieron.– Mata.– Noriega.– Fuentes Aragón.

Considerando: que el reconocimiento y la sentencia declaratoria de paternidad son los únicos medios de prueba de la filiación paterna ilegítima (Código Civil artículo 350.); que el reconocimiento voluntario de la paternidad ilegítima, requiere la observancia de las formas taxativamente enumeradas en la ley (art. 354 del C.C. vigente y 238 del C.C. anterior); que el fallo que condena al pago de alimentos no importa declaratoria judicial de paternidad y al respecto sólo produce los efectos que le asigna el art. 389 del Código vigente; que tampoco importa reconocimiento voluntario de paternidad, la demanda sobre entrega de menor, interpuesta por intermedio de apoderado, sin poder especial para efectuar el reconocimiento, con el fin de cambiar la forma de prestar los alimentos; y que según el art. 772 del propio código, los hijos ilegítimos que heredan al padre son los reconocidos voluntariamente o por sentencia judicial declaratoria de la paternidad; y en el caso de autos no concurren ninguno de dichos elementos de prueba, toda vez que la partida del R. de Esado Civil de fs. 6 no contiene reconocimiento de filiación y el juicio sobre declaración judicial de paternidad se halla en sustanciación, según se expresa en el escrito de fs. 17: mi voto es porque se confirme la sentencia apelada, por la que se limita la declaratoria de herederos a quienes han acreditado su derecho con prueba instrumental, con exclusión

de la menor Elsa Vildoso.– Aparicio y Gómez Sánchez.– Se publicó conforme a ley.– E. Vivanco M. Secretario.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Por los fundamentos del voto discordante del señor Vocal doctor Aparicio y Gómez Sánchez, opino que HAY NULIDAD en el recurrido, y reformándolo, confirmar el de primera instancia de fs. 20.

Lima, agosto 25 de 1939.

Muñoz

RESOLUCION SUPREMA

Lima, octubre 25 de 1939

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal; por los fundamentos del voto singular del Señor Vocal de la Corte Superior doctor Aparicio y Gómez Sánchez: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 43, su fecha 4 de mayo último, en cuanto revocando la de primera instancia de fs. 20, su fecha 9 de enero anterior, declara que la menor Elsa Irene Vildoso concurre también a la herencia de don Juan Abelardo Vildoso concurre también a la herencia de don Juan Abelardo Vildoso Rejas en calidad de hija ilegítima: reformando la primera, confirmaron la segunda en esta parte, que excluye de la herencia a la citada menor Elsa Irene; y los devolvieron.– Barreto.– Cárdenas.– Chávarri.– Velarde Alvarez.– Lavalle.– Se publicó conforme a ley.– M. Arnillas O. de V.Secretario.

Cuaderno No. 837.– Año 1939. Procede de Lima.

R. J. P.– 1965; p. 90

Concurrencia de hijo ilegítimo con hermano del causante.

XII,21) *No procede dejar salvo el derecho del hermano del causante para que lo haga valer en la vía ordinaria, cuando en el procedimiento no contencioso se ha declarado como herede-*

ro al hijo ilegítimo del difunto.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 165/63.– Procede de Cuzco.– 4a. Sala.

Señor:

Doña Justina Huaccac Tarco, mediante su apoderado don Vicente Torres, recurre del auto de vista de fs. 65, que confirmando el apelado de primera instancia, declara heredero único y universal de don Gregorio Huaccac, que falleció ab-intestado, a su hijo ilegítimo reconocido Constantino Huaccac Contreras dejando a salvo el derecho de doña Justina Huaccac Tarco, quien se presentó al procedimiento como presunta heredera como hermana del de cujus.

Con el instrumento de fs. 2, se ha acreditado el entroncamiento del menor Constantino Huaccac Contreras, en cuya representación doña Margarita Contreras Ocsa pidió a fs. 3 se abriera el procedimiento. Durante la tramitación de dicho procedimiento falleció el menor Constantino, según se acredita con la partida de defunción de fs. 13. No obstante ese hecho, acaecido seis meses después del fallecimiento de su causante, la institución de herederos debe ser practicada a su favor, con exclusión de doña Justina Huaccac Tarco, por no tratarse del caso de sucesión colateral, sino directa causada de padre e hijo, en cuyo caso éste excluye como heredero forzoso a todo otro pretendiente que no tenga igual calidad.

NO HAY NULIDAD en el auto recurrido en cuanto confirmando el apelado deja a salvo el derecho de doña Justina Huaccoc; reformándolo y revocando el apelado, debe declararse que es único y universal heredero de don Gregorio Huaccac, su hijo ilegítimo reconocido Constantino Huaccac Contreras.

Lima, 12 de enero de 1965.

Ponce Sobrevilla

RESOLUCION SUPREMA

Lima, primero de abril de mil novecientos sesenticuatro.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal; declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas sesenticinco, su

fecha dieciséis de agosto último, en cuanto confirmando la apelada de fojas cuarentiséis, su fecha diez de setiembre de mil novecientos sesentidós, declara como único y universal heredero de don Gregorio Huaccac a su hijo ilegítimo reconocido: declarando NULA la de vista e insubsistente la de Primera Instancia en la parte que deja a salvo el derecho de doña Justina Huaccac Tarco, y los devolvieron.— Valdez Tudela.— Eguren. Bresani.— Gonzales.— Se publicó . Lizandro Tudela Valderrama. Secretario.

R. de los T.— 1940; p. 372

XII,22) *La abuela paterna, no puede instituir como heredero, en representación de su hijo premuerto, al nieto no reconocido como hijo natural.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Fiscal opina que no hay nulidad en la parte de la sentencia recurrida por don José María Gamboa que declara sin lugar la institución de heredero hecha a su favor por su abuela doña Josefa Soto en representación del hijo premuerto de esta don Victor M. Gamboa que no lo había reconocido como su hijo natural.

La institución del reconocimiento de los hijos ilegítimos por los abuelos no existía en el C.C. derogado, ni el caso cae dentro de las previsiones del vigente.

Lima, diciembre 30 de 1939

Araujo Alvarez

RESOLUCION SUPREMA

Lima, abril 22 de 1940.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 330 vta., su fecha 17 de noviembre de 1937, en la parte materia del recurso que confirmando la de 1a. instancia de fs. 286, su fecha 31 de diciembre de 1934,

declara fundada en parte la demanda y sin lugar la institución de heredero hecha a favor de don José María Gamboa por doña Josefa Soto; condenaron en la multa de 200 soles oro y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Barreto.— Zavala Loaiza.— Ballón.— Pastor.— Benavides Canseco.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 1895.— Año 1938.

Procede de Ayacucho.

R. de los T.— 1943; p. 519

XII,23) *En la sucesión en línea directa, no cabe declararse herederos a los nietos, sino está acreditado la calidad de herederos de éstos del padre que representan.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Con las partidas de fs. 1 y 2, doña Matilde Espino viuda de Ormeño, pide se declare el intestado de su esposo, Augusto Ormeño González, y a élla, y a los que prueben su derecho, como herederos; y tramitado el procedimiento, en armonía con lo que establece la ley, y con citación de los que deben intervenir, el Agente Fiscal opina, a fs. 24, porque se declare herederos a los hijos naturales reconocidos que nombra, y se deseche la petición de la viuda, y como así se resuelve en el auto de fs. 25, la última, apela a fs. 27, y también una de las hijas que pretendía la herencia, a fs. 29; y oído el Fiscal a fs. 41, el Tribunal Superior, de conformidad con su opinión, resuelve, a fs. 42 vta., declarando que Ormeño ha fallecido sin otorgar testamento, y que es su heredera, su hija ilegítima reconocida, Eusebia Florentina Ormeño y Donayre; que también son herederas del intestado, sus hijas, Domitila Ormeño y Tagle y Carmen Ormeño y Tagle, o quienes sus derechos representen, confirmando en esta parte el apelado; pero revoca el mismo, en la parte que declara herederos a los nietos del intestado, hijos de la Ormeño Tagle, que han fallecido; e insubsistente dicho auto, en la parte que deja a salvo los derechos de la cónyuge sobreviviente y de los demás que han pretendido ser declarados

herederos. Esta resolución motiva recurso de nulidad de la viuda, de fs. 44, concedido por auto de su vta.

Estando al mérito de la partida de defunción de fs. 1, y a la de matrimonio de fs. 2, así como a lo dispuesto en el art. 770 del C.C., es legal la resolución Superior, porque no ha habido hijos en el matrimonio Ormeño Espino; y estando a las disposiciones de la ley, y a jurisprudencia de esta Suprema Corte, no habiéndose acreditado el carácter de herederos de los hijos de las hijas ya fallecidas, no cabe instituir herederos a los nietos dentro de este procedimiento, sino a dichas hijas o quienes sus derechos representen, como también está establecido; y estando, por último, al mérito de las partidas de fs. 6, 7 y 17, están bien instituidas herederas, las hijas ilegítimas de esas partidas reconocidas; por todo lo que, opina el Fiscal, que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la resolución de vista recurrida.

Lima, mayo 8 de 1943.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, mayo 19 de 1943

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 42 vta., su fecha 25 de noviembre de 1942, en la parte materia del recurso, que declarando insubsistente la epalda de fs. 25, su fecha 20 de agosto del año en curso, excluye de la herencia de don Augusto Ormeño, a la cónyuge doña Matilde Espino viuda de Ormeño; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Valdivia.— Portocarrero.— Ballón.— Benavides Canseco.— Samanamud.— Se publicó conforme a ley.— A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 235.— Año 1943

Procede de Ica.

R. de los T.— 1940; p. 156

XII,24) *El montepío dejado por hombre casado que tiene hija de un matrimonio anterior, corresponde, por iguales partes, a la viuda y a dicha hija.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

La Beneficencia Pública de Lima ha estimado procedente que, en este caso de controversia sobre la participación que a los interesados corresponde en el montepío causado por el que fue tesorero de la institución, don Elías Alzamora, sea el Poder Judicial el que la resuelva.

Pretende la viuda que la cédula se extienda sólo a su favor y de sus hijas, con la obligación de atender a la hija del primer matrimonio de su esposo mientras permanezca soltera. Esta sostiene que deben extenderse dos cédulas por partes iguales a favor de cada una de las pretendientes.

La jurisprudencia administrativa y judicial ha aplicado a casos semejantes y por analogía la disposición contenida en el art. 26 de la ley de 16 de enero de 1850, sobre montepío militar.

La recurrida es nula. En el caso de autos deben expedirse dos cédulas, una por la mitad del importe de la pensión a favor de la viuda e hijos del segundo matrimonio y otra por la otra mitad a favor de la hija del primer matrimonio del causante.

Lima, Mayo 11 de 1940

Araujo Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, junio 18 de 1940

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 64, su fecha 8 de abril de 1939; reformándola, y revocando la de primera instancia de fs. 38 vta., su fecha 27 de julio anterior, declararon infundada la demanda y en consecuencia que el montepío dejado por don Elías Alzamora debe ser percibido, por iguales partes, por su viuda doña Hilaria A. viuda de Alzamora y su hija doña Estela Alzamora Irigoyen, debiendo la Sociedad de Beneficencia Pública de esta capital expedirles la correspondiente cédula; sin costas; y los devolvieron.— Barreto.— Chávarr.— Ballón.— Benavides Canseco.

Mi voto es por la NO NULIDAD de la sentencia de vista.— Zavala Loaiza.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 335.— Año 1930. Procede de Lima.

R. J. P.– 1960; p. 601

PENSION DE MONTEPIO.– Distribución entre los hijos legítimos e ilegítimos

XII,25) *El Código Civil de 1936 ha modificado el régimen de distribución de la pensión de montepío establecido por la Ley de 1869, debiendo aplicarse la regla del Art. 762 de ese Cuerpo de Leyes cuando concurren el cónyuge supérstite con los hijos ilegítimos.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 783/59.– Procede de Lima.

Señor:

Doña Ada Henriod de Dulanto, interpone demanda contra el Supremo Gobierno y contra doña Mercedes y doña Martha Dulanto Nonone, a fin de que se declare la nulidad de las Resoluciones Supremas Nos. 63 de 10 de febrero de 1954, 187 de 9 de mayo de 1957, recaídas en el expediente administrativo sobre expedición de cédula de montepío del que fuera su esposo y padre de las demandadas, doctor Pedro Dulanto. Sostiene la actora que conforme a lo dispuesto por el art. 3o. inc. 2o. de la Ley de Montepío de 1869, le corresponde las 4/5 partes de la pensión, y a las hijas ilegítimas del causante, 1/5; en vez de las 2/4 partes, que se le ha asignado para ella y otro tanto para las demandadas.

Tanto el Procurador General de la República como las demandadas, niegan la demanda sosteniendo que la disposición de la Ley de Montepío, en que se basa la demanda, ha sido modificada por el nuevo Código Civil de 1936, debiendo conformarse la división de la pensión, a lo dispuesto por el art. 762 del referido Cuerpo Legal.

El Primer Juzgado en lo Civil, de esta Capital, de conformidad con la opinión del Agente Fiscal, expide sentencia a fs. 54 por la que se declara infundada la demanda, por considerar que el Código Civil vigente, ha modificado el régimen a que se rige la determinación de la pensión de montepío, debiendo aplicarse la regla establecida por el art. 762 del C.C.

Apelado el fallo por la demandante, la Primera Sala de la Corte Superior de Lima, de conformidad con la opinión de su Fiscal, lo revoca, por considerar que las Resoluciones Supremas impugnadas, son infractorias de la

Ley de Montepíos, que pertenece al campo del Derecho Público, no pudiendo ser modificadas por el C.C., que es norma de Derecho Privado.

Las demandadas, hermanas Dulanto Nonone y el Procurador General de la República, recurren en nulidad.

Estimo que la resolución de vista, que revoca la apelada y, por tanto, ampara la acción, no está arreglada a ley; en tanto que la apelada sí lo está.

No se puede sostener que al variar la legislación civil, que ha traído consigo una notable variación de los derechos en favor de los hijos ilegítimos, subsista la antigua disposición del año 1869 referente al montepío. Dicha Ley se dio, justamente, con el fin de que existiera cabal concordancia entre la ley de Montepíos y el Código Civil de 1852. El quinto de la pensión, en favor de los iilegítimos reconocidos, coincide con el quinto a que tenían derecho en la hrencia del padre.

El Código de 1936 ha traído una sustancial diferencia respecto al de 1852; y es lógico que este nuevo Cuerpo Legal, ha modificado el régimen a que debe sujetarse la herencia de los ilegítimos y la pensión de montepío de los mismos. El art. 762 del C.C. establece la proporción en que concurren en la herencia de los hijos legítimos y los ilegítimos; y el art. 765, establece la cuota de la cónyuge. Es evidente, por tanto, que las Resoluciones impugnadas están arregladas a ley, máxime que existe la R.S. de 25 de noviembre de 1938 que concordó las disposiciones del C.C. con el montepío.

La jurisprudencia administrativa es uniforme, en este aspecto, y, en casos como el de autos, se divide la pensión, otorgándose a la cónyuge supérstite una porción equivalente al doble de la asignada a un hijo ilegítimo.

Por los propios fundamentos de la sentencia apelada, opino en el sentido de que se declare que HAY NULIDAD en la recurrida, que revocando la apelada, declara fundada la demanda; y que modificándola, confirmando la apelada, se declare infundada dicha demanda.

Lima, 28 de noviembre de 1959

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, ocho de enero de mil novecientos sesenta.

Vistos; por los fundamentos pertinentes del dictamen del señor Fiscal; y considerando: que la ley de veintiocho de enero de mil ochocientos

cincuentiuno sobre montepío civil, dispuso que los derechos a dichos goce de los hijos naturales reconocidos, fuera los que establecía el inciso tercero del artículo ochocientos noventidós del Código Civil de mil ochocientos cincuentidós, que daba participación en la herencia a tal calidad de hijos; que al ponerse en vigencia el Código Civil de mil novecientos treintiséis, reemplazando al de mil ochocientos cincuentidós, debe aplicarse en consecuencia, para tales casos el nuevo régimen legal que establecen al respecto los artículos setecientos sesenticinco y setecientos sesentidós del Código Civil vigente; y que de acuerdo con la sistuación jurídica analizada, las Resoluciones Supremas, cuya nulidad se demanda están arregladas a la ley; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas setenticinco, su fecha diecisiete de junio de mil novecientos cincuentinueve, que revocando la apelada de fojas cincuenticuatro, su fecha seis de abril del mismo año, declara fundada la demanda de nulidad de resoluciones interpuesta a fojas una por doña Ada Henriod viuda de Dulanto contra el Supremo Gobierno y otras; reformándola; confirmaron la apelada que declara infundada la acción; y los devolvieron.— Sayán Alvarez.— Maguiña Suero.— Tello Velez.— Valdez Tudela.— Eguren.— Se publicó .— Walter Ortiz.— Secretario.

R. J. P.— 1957; p. 458

SUCESION TESTAMENTARIA.— Legítima del cónyuge en concurrencia con hijos ilegítimos.

XII,26) *No es nula la cláusula testamentaria en que se instituyen como herederos en partes iguales al cónyuge y a un hijo ilegítimo. Tratándose de sucesión testamentaria no es de aplicación la regla contenida en los Arts. 765 y su concordante el 772 del C.C.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 260/56.— Procede de Arequipa.

Señor:

A fs. 1 doña Blanca Valcárcel viuda de Orihuela entabla demanda contra doña Laura Sofía Orihuela Vargas sobre nulidad de cláusula

testamentaria; fundándose en que, su esposo don Enrique Orihuela, en el testamento ológrafo de 9 de setiembre de 1953, debidamente autenticado, declara que instituye como sus herederos universales, a la demandante, en su calidad de esposa y a la demandada, en su condición de hija ilegítima, por partes iguales, lo que es contrario a las disposiciones del C.C. según las que doña Laura Sofía Orihuela como hija ilegítima sólo debe recibir la mitad de lo que le corresponde a la actora, como cónyuge supérstite. Corrido traslado de la demanda, a fs. 4 la contradice, sosteniendo la validez del citado testamento. Abierta la causa a prueba y tramitada con arreglo a ley, el Juez de Primera Instancia, a fs. 50, expidió sentencia declarando fundada la demanda. La Corte Superior de Arequipa, por resolución de fs. 64 ha confirmado el fallo apelado, lo que motiva el recurso de nulidad concedido a la demandada por auto de fs. 65.

La sentencia recurrida, está arreglada a ley y al mérito de lo actuado, pues según el art. 704 del C.C. la legítima del cónyuge, es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal y como en el caso sujeto a materia la demandante doña Blanca Valcárcel viuda de Orihuela concurre a la herencia de su esposo, con la demandada doña Laura Sofía Orihuela que es hija ilegítima; de conformidad con lo dispuesto por el art. 765 del mismo cuerpo de leyes, concordante con el art. 762, le corresponde a la actora una parte igual a la de un hijo legítimo, o sea, dos tercios de la herencia y a la demandada un tercio, o sea la mitad de que le corresponde a la nombrada cónyuge demandante. Siendo la legítima del cónyuge, intangible y apareciendo de autos que el testador don Enrique Orihuela, al disponer de sus bienes en partes iguales entre su referida esposa y su citada hija, ha violado las indicadas disposiciones del C.C. procede declarar fundada la demanda incoada a fs. 1 y en consecuencia, nula la cláusula testamentaria que perjudica el derecho de la actora, en su calidad de cónyuge sobreviviente, correspondiendo a ésta las dos terceras partes de la herencia y una tercera parte a la demandada.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista: opino que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido, en la parte materia del recurso.

Lima, 28 de Mayo de 1956.

García Arrese

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dos de enero de mil novecientos cincuentisiete.

Vistos; en discordia; con lo expuesto por el Señor Fiscal y considerando: que el testador al asegurar a su hija ilegítima reconocida la porción que especifica en su testamento ológrafo que en copia certificada obra a fojas ocho lo ha hecho disponiendo del tercio de sus bienes de acuerdo con la facultad que confirere el artículo setecientos del Código Civil por lo que tratándose de sucesión testamentaria no es de aplicación la regla contenida en los artículos setecientos sesenticinco y su concordante setecientos sesentidós del Código citado: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesenticuatro, su fecha trece de octubre del mismo año declara fundada la demanda de nulidad de cláusula testamentaria interpuesta a fojas una por doña Blanca Valcárcel viuda de Orihuela contra doña Laura Sofía Orihuela Vargas; reformándola y revocando la de Primera Instancia en este punto; declararon infundada dicha acción; declararon NO HABER NULIDAD en la parte que declara fundada la reconvención propuesta en el otrosí del recurso de fojas cuatro, entendiéndose que la partición solicitada debe realizarse de acuerdo con lo dispuesto en el testamento; sin costas; y los devolvieron.— Eguiguren.— Alva.— Tello Velez.— Ponce.

Nuestro voto de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal es por que se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista que confirmando la apelada declara fundada la demanda de fojas una y en consecuencia que es nulo el testamento de don Enrique Orihuela en cuanto dispone de sus bienes en la proporción del cincuenta por ciento para la cónyuge y una cuota igual para su hija ilegítima debiendo corresponder dos tercios de la herencia a la primera y un tercio a la segunda; con lo demás que la sentencia contiene.— Bustamente Cisneros.— Garmendia.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

A. J.— 1972; p. 27

SUCESION LEGAL

XII,27) *Concurrencia de la cónyuge, hijos legítimos e hijos ilegítimos. Aplicación de los Arts. 762 y 765 del Código Civil.*

Lima, nueve de Mayo de mil novecientos setentidós.

Vistos; por sus fundamentos pertinentes; y considerando: que a la herencia de don Francisco María Ferreyra Souza, concurren el hijo legítimo don Antonio Julio Ferreyra Grandez, la Cónyuge; doña Adelaida Grandez y tres hijos ilegítimos, don Alfredo Augusto, don Francisco Augusto y don Adelino o Adelmo Julio Ferreyra Rengifo, por lo que cada uno de los dos primeros debe recibir el doble de cada uno de los tres últimos, de conformidad con las reglas de los artículos setecientos sesentidós y setecientos sesenticinco del Código Civil; que por lo indicado siendo cinco los herederos, la masa debe dividirse en siete partes, de las que, dos partes corresponden al hijo legítimo, otras dos a la cónyuge y una a cada uno de los hijos ilegítimos; que por lo tanto corresponde al primero un veintiocho punto cinco mil setecientos catorce diez milésimas por ciento (28.5714o/o); a la cónyuge un porcentaje igual; y a cada uno de los hijos ilegítimos un catorce punto dos mil ochocientos cincuentisiete diez milésimas por ciento (14.2857o/o); que a su vez, a la sucesión de la cónyuge doña Adelaida Grandez viuda de Ferreyra concurren el hijo legítimo ya citado y la hija ilegítima doña Mercedes Guzmán Grandez, por lo que en aplicación de la misma norma del artículo setecientos sesentidós del Código antes citado, el hijo legítimo debe recibir dos tercios de la herencia de su madre y la hija ilegítima el tercio restante o sea, respectivamente, diecinueve punto cuatrocientos setentiséis diez milésimas por ciento (19.0476o/o) y nueve punto cinco mil doscientos treintiocho diez milésimas por ciento (9.5238o/o); que los derechos de los tres hijos ilegítimos de don Francisco María Ferreyra Souza corresponden por compra, a la demandante; doña Luis Saavedra de Lozano; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento ochentiuno, su fecha dos de diciembre del año próximo pasado, en la parte que revocando la apelada de fojas ciento cuarentidós, fechada el veintidós de abril del mismo año, modifica la proporción en que debe repartirse la herencia; reformándo la primera y revocando la segunda en este extremo: ordenaron dividir la masa hereditaria en la forma siguiente: para el hijo legítimo don Antonio Julio Ferreyra Grandez el cuarentisiete punto seis mil ciento noventa diez milésimas por ciento (47.6190o/o); para doña Luisa Saavedra de Lozano el cuarentidós punto ocho mil quinientos setentiuno deiz

milésimas por ciento (42.8571°/o); y para doña Mercedes Guzmán Grandez el nueve punto cinco mil doscientos treintiocho diez milésimas por ciento (9.5238°/o); declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.— Ballón Landa.— Santos Rivera.— León Montalbán.— Llosa Ricketts.— García Calderón.— Fausto Viale.— Secretario.

ANALES JUDICIALES.— 1954; p. 39

XII,28) *No obstante que los gananciales del cónyuge llegan a la cuota hereditaria, no la pierden si concurren con un hijo ilegítimo.*

COPIA DEL DICTAMEN FISCAL

Exp. 802/52.— Procede de Lima.

Señor:

Don Eduardo Bielich Pomareda falleció el 9 de abril de 1949 sin otorgar testamento, siendo declarados como herederos su hijo ilegítimo don Luis Eduardo Pomareda Spadari y la cónyuge sobreviviente doña Mercedes Gutiérrez v. de Bielich, como aparece del expediente acompañado.

Los bienes existentes al fallecimiento de don Eduardo Bielich P. fueron adquiridos durante el matrimonio, en lo que están de acuerdo las partes y está probado en autos.

Don Luis E. Bielich Spadari a fs. 1 y a fs. 88 ha demandado la partición de los bienes dejados por el causante y a fs. 77 demanda se declare que doña Mercedes G. vda. de Bielich ha perdido su derecho hereditario en razón de que aquélla tiene gananciales que exceden de la cuota que le correspondería en su condición de heredera, sosteniendo que a él le toca la mitad de los bienes dejados por su padre. La viuda, por su parte, sostiene que le correponde los dos tercios de la masa hereditaria y al demandante el tercio restante.

Tramitada la causa, el Juzgado de Primera Instancia en la sentencia de fs. 109 ha declarado sin lugar la demanda de fs. 77 sobre pérdida de derecho hereditario, y fundadas, en parte, las de fs. 1 y fs. 88, ordenando que la partición se verifique en la proporción de dos terceras partes para doña Mercedes Gutiérrez v. de Bielich y una tercera parte para don Luis E. Bielich

Spadari. Este interpone recurso de nulidad de la sentencia de vista de fs. 126 vuelta, que confirma la apelada.

Con arreglo a lo que establece el art. 760 del C.C. la cónyuge es heredera juntamente con el actor, hijo ilegítimo del causante común. De conformidad con los arts. 765 y 762 del mismo Código, a la cónyuge le toca una parte igual a la de un hijo legítimo, o sea el doble de lo que corresponde a un ilegítimo.

En el presente caso, la cuota de la demandada es el doble de la demandante, y como los gananciales no llegan al monto de la cuota hereditaria, estos dos tercios corresponden a doña Mercedes Gutiérrez de Bielich.

Así resulta de los dispositivos legales citados y de lo que dispone el art. 704 del C.C., porque no existe más que un solo hijo ilegítimo.

Obvio es que si hubieran más hijos ilegítimos, de tal manera que las gananciales llegaran o excedieran del monto de la cuota cabría la pérdida o reducción a que se refiere la última parte del precitado art. 704.

Por lo expuesto opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 26 de noviembre de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

"Lima, tres de agosto de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; por los fundamentos del dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento veintiséis vuelta, su fecha ocho de octubre de mil novecientos cincuentidós, que confirmando la apelada de fojas ciento nueve, su fecha veinte de mayo del mismo año, declara fundadas en parte las demandas de fojas una y fojas ochentiocho y sin lugar la de fojas setentisiete y, en consecuencia que debe procederse a la partición de los bienes inmuebles, dinero en efectivo, crédito y arrendamientos que se precisan en dichas demandas de fojas una y ochentiocho, así como los gastos justificados, en la siguiente proporción: dos terceras partes para Da. Mercedes Gutiérrez de Bielich y la tercera parte restante para don Luis Eduardo Bielich Spadari; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la

parte que lo interpuso; y los devolvieron.– Eguiguren.– Sayán Alvarez.– Valverde.– Alva.– Tello Vélez.

Se publicó conforme a ley.

Dagoberto Ojeda del Arco.– Secretario.

ANALES JUDICIALES.– 1973; p. 338
DIVISION Y PARTICION.–

XII,29) *1.– Los representantes por sucesión no pueden pretender más de lo que corresponde al representado.*
2.– Los descendientes, solos o en concurrencia con hijos, heredan por estirpes (artículo setecientos sesentiuno del Código Civil).
3.– El artículo setecientos cuatro del Código Civil sólo se aplica en el caso de concurrencia del cónyuge con hijos legítimos.
Causa No. 1242-72-Lima.

Lima, veintisiete de marzo de mil novecientos setentitrés.

Vistos; por sus fundamentos pertinentes de la apelada; y Considerando: además que en la herencia que corresponde a los descendientes, los hijos representan a sus padres que han fallecido y gozan de los derechos que éstos tendrían si viviesen, como lo dispone el artículo setecientos sesentinueve del Código Civil; que los descendientes en línea recta, en ningún caso heredan por derecho propio, sino por representación; que la representación –sea considerada como ficción o como derecho– proviene de la ley y da a los hijos la porción que habría tenido su padre si estuviera vivo; que los representantes por sucesión no pueden pretender más de lo que corresponde al representado y lógicamente, aquéllos cualquiera que sea su número no deben formar más de una sola cabeza en la sucesión y es por ello que el artículo setecientos sesentiuno prescribe que los descendientes, solos o en concurrencia con hijos, heredan por estirpes, razón por la cual también sólo hay representación la línea descendente y no en la ascendente; que en el caso de autos, los hijos de doña Clara Dueñas Rojas de Santos, en su calidad de descendientes del causante, no heredan por derecho propio, sino en representación de su referida madre pre-muerta, como lo ratifica el propio testador y no son

herederos únicos, sino en concurrencia con la cónyuge supérstite; que la herencia por estirpe la ha establecido el Código Civil para evitar que se perjudiquen los co-herederos, como consta de la Exposición de Motivos al razonar que así como la muerte del padre a quien representan no debe perjudicarles, tampoco es conveniente que les aproveche; que la intención del legislador, desprendida de las Actas de la Comisión Revisora, es que al cónyuge se le reconoce el derecho a los gananciales en propiedad absoluta, independientemente de la cuota viudal, en la misma forma que la legítima que la ley acuerda a los hijos legítimos; que la disposición del artículo setecientos sesenticinco del Código Civil para su cabal sentido debe interpretarse relacionándola con las disposiciones citadas y en sus dos partes, esto es, que si hay hijos u otros descendientes, el cónyuge hereda una parte igual a la de un hijo legítimo con observancia de la regla del artículo setecientos cuatro, pero si los descendientes son legítimos, la cuota del cónyuge no excederá de la cuarta parte, de donde se infiere que si los descendientes son ilegítimos, como en el caso de autos, no funcionan aquellas limitaciones; que la tendencia actual es aplicar el artículo setecientos cuatro sólo en el caso de concurrencia del cónyuge con hijos legítimos, tratando de que la masa hereditaria se entregue a cabalidad al núcleo familiar íntimo, sin mayores extensiones: declararon HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas doscientos cincuenta, su fecha doce de octubre del año próximo pasado, en cuanto revocando la de primera instancia de fojas ciento noventiocho, fechada el veintisiete de diciembre de mil novecientos setentiuno, declara que la partición debe efectuarse teniéndose en cuenta que el derecho de la cónyuge debe regularse conforme a las reglas contenidas en el artículo setecientos cuatro del Código Civil y establece la proporción en que debe hacerse la partición de los bienes; reformándola en estos extremos: confirmaron la de primera instancia que declara fundada en parte la demanda de fojas tres y, en consecuencia, que la división y partición debe efectuarse en la siguiente proporción: a doña Angélica Alvarado viuda de Dueñas, el cincuenta por ciento de los bienes como gananciales; y el tercio de libre disposición de la masa hereditaria y, además, dos tercios de la legítima (constituida después de restado el referido tercio de libre disposición), y, como albacea, el dos por ciento de los bienes dejados por el causante y el cinco por ciento de la renta de los mismos, conforme a la cláusula sexta del testamento y al artículo setecientos cuarentiuno del Código Civil, debiendo radicar especialmente esta

partición en los inmuebles señalados en la propia cláusula sexta; del testamento: a doña Clara M. Santos Dueñas de Borda el setenticinco por ciento del tercio restante de la herencia, por su propio derecho y como co-hereda de su hermano Víctor Ignacio Santos Dueñas; y a don Víctor Armando Santos Cáceres el veinticinco por ciento, saldo restante de dicho tercio; que no procede fijar renta al inmueble ubicado en la Avenida Bolognesi y ocupado por la cónyuge; debiendo efectuarse esta partición por peritos que designará el Juzgado y previa tasación, una vez ejecutoriada la sentencia; sin costas; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.— Ponce Mendoza.— Ballón-Landa.— León Montalbán.— Llosa Ricketts.— García Calderón.— Se publicó conforme a ley.— Fausto Viale Salazar.— Secretario General.

R. J. P.— 1958; p. 309

DIVISION Y PARTICION.— Concurrencia de hermanos con el cónyuge supérstite.

XII,30) *La esposa supérstite, o quien la hereda, tiene derecho al 50o/o de los bienes que pertenecían a la sociead conyugal en concepto de gananciales y además a un 25o/o como heredera legal en concurrencia con un hermano de su marido.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 368/55.—Procede de Junín.

Señor:

En el presente juicio seguido por doña Feliciana Lora de Córdova con don Ceferino Suazo sobre división y partición por auto de fs. 240 se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por el demandado, contra la sentencia de vista fs. 237, vta., que confirmando la de Primera Instancia de fs. 216, declara fundada en parte la demanda de fs. 1 y la reconvención de fs. 5 y su ampliación de fs. 8 y ordena que los bienes especificados en la demanda, se dividan, entre la demandante y el demandado, correspondiendo a la primera el 75o/o y al segundo el 25o/o con lo demás que contiene.

La sentencia recurrida está arreglada a ley y al mérito de lo actuado. Con la instrumental presentada y con los pedidos se ha acreditado que don

Daniel Turín contrajo matrimonio con doña Felícita Salvatierra el 15 de marzo de 1911 y que al fallecer el primero, en octubre de 1945 se declaró como a sus herederos legales a doña Felícita Salvatierra en su condición de cónyuge sobreviviente y a don Ceferino Suazo en la condición de hermano uterino del nombrado causante. También se ha probado que habiendo fallecido doña Felícita Salvatierra el 18 de mayo de 1947, por testamento otorgado en escritura pública, cuyo testimonio corre a fs. 187, instituyó como heredera única y universal a doña Felícita Lora de Córdova, quien como tal ha interpuesto la demanda de división y partición de fs. 1. Es evidente que al fallecimiento de don Daniel Turín, correspondía a doña Felícita Salvatierra el 50°/o de los bienes en concepto de gananciales y el otro 50°/o en partes iguales, para la misma Salvatierra el 25°/o como cónyuge sobreviviente y el otro 25°/o para don Ceferino Suazo en la condición de hermano del causante, de manera que en realidad de los bienes que forman la masa hereditaria de don Daniel Turín, el 75°/o correspondía a la viuda doña Felícita de Salvatierra y el 25°/o restante al hermano, don Ceferino Suazo, por aplicación de lo dispuesto por los arts. 203 y 768 del C.C. vigente.

Siendo la demandante doña Felícita Lora de Córdova heredera testamentaria de doña Felícita Salvatierra, es evidente que a la actora corresponde el 75°/o de los bienes y el 25°/o de los mismos pertenece al demandado don Ceferino Suazo.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista, opino que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido, en la parte materia del recurso.

Lima, 9 de enero de 1956.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diecisiete de setiembre de mil novecientos cincuentisiete.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientas treintisiete, su fecha veinticinco de abril de mil novecientos cincuenticinco que confirmando la apelada de fojas doscientas dieciséis, su fecha veintinueve de agosto de mil novecientos cincuentitrés declara fundada en parte la demanda de partición de bienes interpuesta a fojas una por doña Felícita Lora de Córdova contra don Ceferino Suazo; fundada en parte la reconvención de

fojas cinco y su ampliatoria de fojas ocho, y en consecuencia ordena que los inmuebles materia de la acción se dividan mediante peritaje judicial, correspondiendo el setenticinco por ciento a la actora y el veinticinco por ciento al demandado; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– Garmendia.– Maguiña Suero.– Alva.– Lengua.– Cebreros.– Se publicó.– Walter Ortiz Acha.– Secretario.

R. J. P.– 1953; p. 600
HERENCIA .– Del cónyuge

XII,31) *Si la cónyuge concurre con hermanos de su marido pre-muerto tiene derecho, además de la mitad de los bienes, comunes por concepto de gananciales, a la mitad de la herencia, sin que sea legal aplicar el artículo 704 del C.C. para privarlo de la herencia, ya que este dispositivo sólo se aplica cuando el cónyuge concurre con hijos u otros descendientes según lo dispone el art. 765 del mismo código, en la hipótesis de herencia al intestato.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 696/52.– Procede de Lima.

Señor: Don Felipe Ferrer Mayer falleció el 10 de julio de 1949, sin otorgar testamento. Seguido el procedimiento sobre declaratoria de sus herederos, fueron declaradas como tales sus hermanas legítimas y la cónyuge supérstite doña Mercedes Llosa viuda de Ferrer.

Se plantea en el presente juicio de partición de los bienes causados por don Felipe Ferrery Mayer la cuestión relativa a la aplicación de los arts. 794 y 968 del C.C. que ha sido resuelta, por diversas ejecutorias supremas muy conocidas, en forma contradictoria.

En esta causa, el Juzgado de Primera Instancia en la sentencia de fs. 63 ha resuelto que los herederos del causante común deben repartirse los bienes en la proporción del 75o/o para la cónyuge sobreviviente, a razón del 50o/o por gananciales y 25o/o por herencia, y que el otro 25o/o restante se divida entre las hermanas legítimas del intestado. La Corte Superior de Lima, a fs.

89, ha confirmado dicha sentencia, originando recurso de nulidad de la parte demandante, o sea de las hermanas de don Felipe Ferrer Mayer.

Estoy de acuerdo con la sentencia recurrida.

El art. 704 del C.C. que legisla sobre la herencia testamentaria estatuye que la legítima del cónyuge es una cuota igual a la que correspondería como heredero legal, pero la perderá si sus gananciales llegan o exceden el monto de la cuota, y ésta se reducirá hasta lo que sea preciso si los gananciales fuesen menores.

En la Sección Tercera del Libro Tercero, el Código dicta normas respecto de la sucesión legal y al tratar de la herencia del cónyuge entre los varios dispositivos que a este respecto consigna, sólo en el caso del art. 765, o sea cuando hay hijos u otros descendientes, se establece que se observe la regla del art. 704.

De manera, pues, que este último dispositivo, el art. 704 del C.C. que norma la sucesión testamentaria, sólo funciona en la sucesión legal en el caso específico del art. 765 ya citado.

No cabe, como pretende la parte demandante, apoyándose en ejecutorias supremas dictadas al respecto, que funcione también en el caso de concurrencia del cónyuge con hermanos, lo que está reglado por el art. 768 del acotado que dispone sin restricción alguna, que en ese evento la porción del cónyuge es igual a la mitad de la herencia.

Obviamente en la herencia no están comprendidos los gananciales del cónyuge supérstite, a los que tienen derecho como miembro de la sociedad conyugal y los que no puede perder sino en los casos taxativamente fijados en la ley.

Por las consideraciones expuestas, opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 20 de diciembre de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dieciséis de abril de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ochentinueve, su fecha, dos de setiembre de mil novecientos cincuentidós, que confirmando la

apelada de fojas sesentitrés, su fecha 21 de abril del mismo año, declara fundada la demanda interpuesta a fojas nueve en cuanto a la partición de los bienes dejados por don Felipe Ferrer Mayer, los que se distribuirán en la siguiente proporción: setenticinco por ciento para doña Mercedes Llosa viuda de Ferrer, a razón de cincuenta por ciento por gananciales y veinticinco por ciento por herencia y que el veinticinco por ciento restante se divida como herencia por partes iguales entre los hermanos del causante; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso y los devolvieron.

Sayán.— Alvarez.— Checa.— Maguiña.— Valverde.— Serpa.

Se publicó .— Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

R. J. P.— 1958; p. 305

LEGITIMA DEL CONYUGE EN CONCURRENCIA CON HIJOS ILEGITIMOS.— Reducción de su cuota en caso de existir gananciales.

XII,32) *El cónyuge supérstite sólo tiene derecho a sus gananciales y a una parte de la herencia por concepto de legítima que sumada a dichos gananciales llegue al monto de la cuota que le habría correspondido como heredero legal, es decir que su legítima debe reducirse hasta lo que sea preciso para que sumada a los gananciales no exceda de esa cuota. El resto de la herencia pertenece a los otros legitimarios.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 204/57.— Procede de Lima.

Señor:

Por auto de fs. 226 vta. se han concedido el recurso de nulidad interpuesto por doña Rosa Solari viuda de Robert contra la sentencia de vista de fs. 182, que revocando en una parte y confirmando en otra la de Primera Instancia de fs. 142, declara fundada la demanda de fs. 1, ampliada a fs. 6; fundada la reconvención de fs. 9 y la planteada en el primer otrosí del mismo escrito; que doña Rosa Solari viuda de Robert sólo tiene derecho a sus gananciales y a una parte de la herencia, por concepto de legítima, que

sumada a dichos gananciales llegue al monto de la cuota que le habría correspondido como heredera legal, en concurrencia con don Manuel E. Robert Tovar, en caso de no haber gananciales, o sea la suma de S/. 1'362,763.32; correspondiendo el resto de la herencia a don Manuel Robert Tovar; que la herencia del causante debe distribuirse entre la demandante y el demandado en la forma y proporción expresada; con lo demás que contiene.

Apareciendo del recurso de fs. 7 que el demandado don Manuel E. Robert Tovar se ha allanado a la demanda respecto a la nulidad de la cláusula sétima del testamento otorgado por don José Robert Cavassa, en cuanto dispone que los bienes del testador deben dividirse en partes iguales entre la actora y el demandado, los puntos materia de la litis se contraen a la reconvención planteada en lo principal y otrosí del escrito de fs. 7, o sea, declarar si doña Rosa Solari viuda de Robert ha perdido su legítima por llegar sus gananciales al monto de la cuota hereditaria, o que esa legítima debe reducirse, si los gananciales fueran menores.

En el caso sujeto a materia concurren a la sucesión de don José Robert Cavassa, la demanante, doña Rosa Solari viuda de Robert, en su condición de cónyuge sobreviviente y don Manuel E. Robert Tovar, en la calidad de hijo ilegítimo del testador, por lo que de conformidad con lo dispuesto por los arts. 704, 762 y 765 del C.C. la demandante sólo tiene derecho a sus gananciales y a una parte de la herencia, por concepto de legítima, que sumada a los primeros, llegue al monto de la cuota que le habría correspondido como heredera legal en concurrencia con el demandado, en caso de no haber gananciales, o sea, la suma de S/. 1'362,763.32, correspondiendo el resto de la herencia a don Manuel Robert Tovar.

De lo actuado y de los acompañados aparece que el valor de los bienes dejados por el causante, asciende a la suma de S/. 4'241,920.00; que el valor de los bienes propios del testador es de S/. 2'125,053.82 y que los bienes comunes arrojan un total de S/. 2'116,866.72, de los cuales corresponde el 50o/o a la esposa o sea la suma de S/. 1'058,433.56 por concepto de gananciales, según el art. 203 del C.C. El pasivo de la sucesión es de S/. 117,269.73 y el tercio de libre disposición, que se ha distribuido entre diversos legatarios, es de S/. 1'022,072.48, quedando como monto de la masa hereditaria los bienes que dan la suma de S/. 2'044,144.97, de los cuales le corresponden a la demandante, en su condición de esposa sobreviviente, la suma de S/. 1'363,763.32 en concepto de legítima y al demandado por ser

hijo ilegítimo reconocido la suma de S/. 681,381.65; por lo que, siendo los gananciales de la cónyuge, menores que la legítima que le correspondería como heredera legal, dicha legítima debe reducirse hasta lo que sea preciso para que sumada a los gananciales, el cónyuge obtenga una cuota igual a la que le habría correspondido en concurrencia con el demandado, en caso de no existir gananciales, de conformidad con lo dispuesto por el art. 704 del citado Cuerpo de Leyes. Si no se aplica al caso de autos el art. 704 del referido Código, la demandante por concepto de gananciales y legítima recibiría una cantidad tres veces mayor que la cuota del demandado, lo que es legalmente inaceptable; por lo que procede declarar fundada la reconvención planteada por don Manuel E. Robert.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la recurrida, opino que NO HAY NULIDAD en el fallo de fs. 182, que ampara la reconvención entablada por don Manuel E. Robert Tovar.

Lima, 22 de julio de 1957.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiuno de noviembre de mil novecientos cincuentisiete.

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del Señor Fiscal; considerando: que la determinación específica de los gananciales y de la masa sucesoral partible, así como del valor de los bienes que la constituyen, para ser asignada a los herederos debe ser materia de la tasación y adjudicación respectiva realizadas conforme a los artículos quinientos veintidós, quinientos veintitrés y quinientos veintiséis del Código de Procedimientos Civiles, sin que, por esta razón pueda anteladamente señalarse cantidades fijas dentro de esos conceptos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento ochentidós, su fecha doce de setiembre de mil novecientos cincuentiséis en cuanto revocando la apelada de fojas ciento cuarentidós, su fecha tres de enero del mismo año establece la forma de reducción de la legítima de la cónyuge doña Rosa Solari viuda de Robert en los seguidos con don Manuel Robert Tovar sobre nulidad de cláusula testamentaria; declararon HABER NULIDAD en la parte que determina específica y numéricamente las sumas que deben corresponder a los herederos; reformándola en este punto: mandaron que en cumplimiento de las citadas disposiciones legales se proceda

al avalúo y adjudicación de los bienes previa la operación pericial correspondiente; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.— Maguiña Suero.— Alva.— Cebreros.— Esparza.

Con lo expuesto por el Señor Fiscal y considerando: que es de aplicación al caso subjudice en el que concurren como herederos del causante don José Robert Cavassa, su cónyuge doña Rosa Solari de Robert y su hijo ilegítimo don Manuel E. Robert Tovar, lo dispuesto por el artículo setecientos cuatro del Código Civil, conforme al cual la legítima del cónyuge es una cuota igual a la que le correspondería como heredera legal, la que está legislada por los artículos setecientos sesentidós y setecientos sesenticinco del mismo Código, de acuerdo con los cuales alcónyuge supérstite corresponde el doble que al hijo ilegítimo, en cuya proporción está de acuerdo las partes como lo están también en el punto relativo a que los gananciales son menores que la cuota hereditaria de la cónyuge, discrepando tan sólo en la forma que debe verificarse la reducción de la cuota; que el causante don José Robert Cavassa en la cláusula séptima del testamento que otorgara el siete de marzo de mil novecientos cuarentisiete ante el Notario Chepote Coquis, cuyo testimonio corres a fojas seis del acompañado, en consideración a que los gananciales de su cónyuge constituían una parte de bienes relativamente pequeña; dispuso que los bienes que constituían el acervo hereditario perteneciente al testador, se dividan por partes iguales entre la cónyuge y el hijo ilegítimo, invocando el precepto contenido en el artículo setecientos sesenticinco del Código citado que concuerda y se remite expresamente al artículo setecientos cuatro, siendo su voluntad compensar en esa forma la pérdida de una parte de la cuota legitimaria de la cónyuge al reducirse hasta lo que sea preciso, disposición testamentaria que ofrece una modalidad muy especial en el presente juicio en cuanto a la aplicación del mencionado artículo setecientos cuatro; que al ejecutarse fielmente la cláusula sétima del testamento del causante, la diferencia que resultare de asignar una mitad de los bienes que constituyen la masa partible a la cónyuge, a fin de que al mismo tiempo de respetarse y cumplirse la voluntad del testador y de que no sea en perjuicio del otro legitimario que es el hijo ilegítimo, debe aplicarse de preferencia al tercio de libre disposición mateniéndose con arreglo a los artículos setecientos cuatro, setecientos sesenticinco y setecientos sesentidós la proporción de los dos tercios para la cónyuge supérstite, integrada por sus gananciales y la porción que fuere indispensable al tercio de libre disposición

y el tercio restante para el hijo ilegítimo con sus correspondientes frutos en igual proporción; y que la determinación específica de los gananciales y de la masa sucesoral partible, así como el valor de los bienes debe ser materia de tasación, partición y adjudicación respectiva con arreglo a los artículos quinientos veintidós y siguientes del Código de Procedimientos Civiles, sin que por esta razón pueda adelantarse en señalar cantidades fijas dentro de estos conceptos, como lo ha hecho la recurrida: mi voto es porque se declare HABER NULIDAD en la sentencia de vista en cuanto determina específica y numéricamente la cantidad que debe corresponder a los herederos y reformándola en este punto mandar se proceda por peritos al avalúo de los bienes para dar cumplimiento a esta resolución y que en la partición que se practique de acuerdo con las citadas normas procesales, se adjudique a la demandante doña Rosa Solari viuda de Robert los dos tercios de los bienes, integrados por sus gananciales y la diferencia aplicable al tercio de libre disposición, y un tercio de don Manuel E. Robert Tovar con sus correspondientes frutos en igual proporción.— Garmendia.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

ANALES JUDICIALES; 1965; p. 14

XII,33) *Cuando el cónyuge supérstite concurre a la herencia con hermanos del causante, la porción que le corresponde es igual a la mitad de la herencia, aparte de su 50o/o de gananciales.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Juzgado de Primera Instancia de la Provincia Constitucional del Callao, por sentencia de fs. 101, ha declarado fundada la demanda de fs. 3, interpuesta por don Saturnino Bejarano Mora, contra don Dámaso Luque Llerena, sobre división y partición; y, fundada, en parte, la reconvención, sobre pago de gastos de de enfermedad y de funerales. Apelada dicha sentencia, el Tribunal Superior, por la de vista de fs. 127 vta. la confirmó, en parte, en cuanto declara fundada la división y partición, y la revocó en cuanto excluye al cónyuge demandado, de la herencia causada, por doña Fausta

Bejarano Mora de Luque, ordenando que debe asignársele una quinta parte de dicha herencia. Contra esta resolución, se ha interpuesto recurso de nulidad.

Aparece de lo actuado que, por recurso de fs. 3, don Saturnino Bejarano Mora, interpone demanda contra don Dámaso Luque Llerena, éste en calidad de cónyuge supérstite de su fallecida hermana, doña Fausta Bejarano Mora de Luque, y contra sus hermanos, Enrique y María Avelina Bejarano Mora, así como, contra sus sobrinos, don Samuel, don Alfredo y don Sixto Martínez Bejarano, en representación de su hermana pre-muerta, doña Leonarda Bejarano Mora, sobre división y partición de la finca ubicada en Lazareto No. 656, Callao, dejada por su nombrada hermana, doña Fausta Bejarano Mora de Luque, quien no dejó descendientes, finca que fue adquirida durante la vigencia de la sociedad conyugal de la extinta con el demandado, don Dámso Luque Llerena, debiendo corresponderle al cónyuge demandado, sólo la mitad de dicho inmueble, por concepto de gananciales y la otra mitad, dividirla en cuatro partes iguales, para el demandante y sus nombrados hermanos y quienes representan a su hermana pre-muerta, en conformidad con lo establecido por el Art. 768 del C.C., en concordancia con el Art. 760 del acotado. Corrido traslado de la demanda, don Daniel Dámaso Luque Llerena, por su recurso de fs. 8, contesta la demanda, negándola y contradiciéndola, en cuanto a la proporción partible que se indica en la demanda, manifestando que, le corresponde, exclusivamente el 50°/o del inmueble, por concepto de gananciales, y en el otro 50 °/o, también le corresponde la mitad, por concurrir con hermanos de la causante; y reconviene, para que se le abone la suma de S/. 17,400.00, entre los herederos, por concepto de gastos de enfermedad y de funerales de la fallecida. Por recurso de fs. 10, el actor conviene, en parte, en la reconvención, en cuanto a los gastos de enfermedad. Por auto de fs. 11, se dio por contestada la demanda, en rebeldía de los demás demandados, así como de la reconvención. Examinando la prueba actuada y teniendo en cuenta el mérito que arrojan los autos, sobre declaración de herederos de doña Fausta Bejarano Mora de Luque, que se tienen a la vista, y de los que aparece que, el demandado, don Daniel Dámaso Luque Llerena, ha sido declarado heredero, en su calidad de cónyuge supérstite, en concurrencia con los hermanos de la referida causante, y teniendo en cuenta, además el sentido de la disposición contenida en el Art. 768 del C.C., que establece en forma clara y precisa que, cuando hay sucesión intestada, y el cónyuge sobreviviente concurre en la

herencia, con hermanos o con ascendientes, su porción es igual a la mitad de la herencia, en concepto de este Ministerio, la controversia queda definida, con el claro texto de la disposición legal citada. Pues, en el caso presente, no se trata de que, el cónyuge concurra con hijos u otros descendientes de la causante, sino con hermanos; por lo que aparte de su 50 por ciento de sus gananciales, tiene que asignársele también, la mitad de la herencia causada. La reconvención sólo es fundada, en una parte, I, al ser así, el suscrito es de opinión que, se declare, HABER NULIDAD, en la recurrida, en cuanto revocando la apelada, asigna al cónyuge supérstite, sólo la quinta parte de la masa hereditaria, y reformándola, en esta parte, se declare que a dicho cónyuge le corresponde la mitad de la herencia dejada por doña Fausta Bejarano Mora de Luque; y, que, NO HAY NULIDAD, en lo demás que dicha sentencia contiene.

Lima, 7 de octubre de 1965.

Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinte de Octubre de mil novecientos sesenticinco

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento veintisiete vuelta, su fecha nueve de Agosto del presente año, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas ciento uno, su fecha trece de Enero del mismo año, declara fundada la demanda de división y partición interpuesta a fojas tres por don Saturnino Bejarano Mora contra don Daniel Dámaso Luque Llerena y otros y fundada en parte la reconvención; y en consecuencia, que a don Daniel Luque Llerena le corresponde el cincuenta por ciento de los bienes por concepto de gananciales; declararon HABER NULIDAD en la parte que ordena que el otro cincuenta por ciento de dichos bienes, o sea la herencia de doña Fausta Bejarano Mora de Luque se divida en cinco partes iguales; reformando la recurrida y revocando la apelada en este extremo: declararon que al cónyuge supérstite don Daniel Luque Llerena le corresponde la mitad de dicha herencia, y la otra mitad a los hermanos de la causante; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.— Maguiña.— Eguren Bresani.— Medina Pinon.— Arbulu.— Roldán.— Se publicó conforme a ley.— Lizandro Tudela Valderrama. Secretario.

Causa No. 579/65.
Procede del Callao.

R. de los T.— 1946; p. 92

XII, 34) Herencia de Cónyuge

DICTAMEN FISCAL

Señor:

La sucesión legal está regida por lo que establecen los artículos 758 y siguientes del Código Civil. Según la ley, el cónyuge cuando hay hijos u otros descendientes, hereda una parte igual a la de un hijo legítimo; si hay padres hereda una parte igual a uno de ellos; y si hay ascendientes solos o con hermanos, o éstos solos, su porción es igual a la mitad de la herencia.

Las reglas antes indicadas consideran, en verdad, que el cónyuge es heredero de primer orden, aun cuando fijan su condición considerando los casos en que hay padres o hermanos, o estos solos. Parece que hubiese una cierta confusión, pues lo jurídico sería fijar un solo orden para el cónyuge, prefiriéndolo a los padres y hermanos, tanto porque existe mayor derecho en el compañero de toda la vida cuanto porque el Código que ha reemplazado al de 1852, sigue la tendencia moderna a reconocer los derechos que nacen del matrimonio no sólo en cuanto a los gananciales adquiridos sino en lo que se refiere a la sucesión misma. Pero, debiendo cumplirse la ley, y en espera de que se produzca una reforma que aclara y deje bien establecidos estos puntos, hay que estudiar el caso de la herencia dejada por doña Eugenia Burga de Bocanegra, que solicitan el cónyuge supérstite don Emilio Bocanegra Armas y la madre doña Tarcila Vigil. Ambos han presentado partidas que acreditan la calidad que invocan sin que sea óbice para declarar el derecho de doña Tarcila la demora a que se refiere el Agente Fiscal en el dictamen de fojas cuarentinueve porque ella no dependió del interesado y, porque, además, la partida de bautismo de fojas cincuentisiete produce todos los efectos legales desde que conforme al inciso tercero del artículo 400 del Código de Procedimientos Civiles, tiene el carácter de instrumento público.

Reproduciendo los fundamentos del dictamen del Señor Fiscal doctor Febres, fojas sesentidós, soy de opinión que la Corte Suprema puede servirse

declarar que no hay nulidad en el fallo de vista en una parte, y revocando en otra, el inferior de fojas cuarentinueve declara que son herederos de doña Eugenia Burga de Bocanegra el cónyuge sobreviviente don Emilio Bocanegra Armas y la madre doña Tarcila Vigil, por iguales partes.

Salvo mejor parecer.

Lima, veintitrés de febrero de 1946.

Calle

RESOLUCION SUPREMA

Lima, treinta de marzo de 1946.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal; declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fs. 63, su fecha 28 de setiembre último, en la parte materia del recurso que revocando la apelada de fs. 49 vta., su fecha 14 de abril del año próximo pasado, declara que son herederos de doña Eugenia Burga de Bocanegra su madre doña Tarcila Vigil y el cónyuge sobreviviente don Emilio Bocanegra; y los devolvieron.

Valdivia.— Portocarrero.— Samanamud.— Lavalle.— Lainez Lozada.

Se publicó conforme a ley.

José Merino Reyna. Secretario.

Cuaderno No. 2131. Año 1945. Procede de Lambayeque.

ANALES JUDICIALES.— 1951; p. 28

XII,35) *La porción hereditaria del cónyuge es igual a la mitad de la herencia cuando concurre con hermanos; con prescindencia de los gananciales que le corresponden por derecho propio.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Eulogio Linares interpone demanda de partición de los bienes que enumera, dejados por su hermano materno Melchor Castro Linares, a fin de que se le otorgue el 50o/o de la herencia, por cuanto el resto de bienes, en igual proporción, corresponde a doña Vicenta Espinoza viuda de Castro, en su

condición de cónyuge supérstite y a quien demanda, asimismo, el pago de los beneficios que ha obtenido de dichos bienes desde la muerte de su causante.

La demanda conviene a fojas 14 que parte de los bienes materia de la partición son los indicados por el actor, pero sostiene que es necesario deducir sus gananciales que ascienden a la mitad de todos los bienes y que de la otra mitad, que es la masa hereditaria, corresponde el 50o/o a cada una de las partes. A su vez reconviene para que sea objeto de la partición un inmueble situado en Mollendo y para que el demandante le pague los frutos que ha percibido del mismo desde el año 1933.

Absuelta la reconvención a fs. 16 y tramitada la causa con arreglo a los trámits que a su naturaleza corresponde, el Juez le pone término por la sentencia de fs. 50, declarando fundada la demanda y la reconvención. Apelada esta sentencia es confirmada a fs. 59 vta., por el Superior Tribunal, lo que origina recurso de nulidad de la demandada, que le es concedido por auto de fs. 61 vta.

Estando legalmente acreditado que Eulogio Linares y Vicenta Espinoza viuda de Castro, son herederos de Melchor Castro Linarses, quienes además, están de acuerdo en los bienes que deben ser objeto de la partición, sólo cabe considerar la proporción que corresponde a cada uno ya que a este respecto, han sostenido puntos de vista distintos.

En el caso sub-litis y de acuerdo con el artículo 768 del Código Civil, la porción del cónyuge es igual a la mitad de la herencia. Pero esta disposición hay que relacionarla con la regla sostenida en el artículo 704 del propio Código, que dispone que la legítima del cónyuge es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal, pero la perderá si sus gananciales llegan o exceden al monto de la cuota. Como en el presente caso sólo concurren a la herencia, el hermano materno y la viuda del causante, esto es demandante y demandada y como las ganancias de esta última llegan al 50o/o de los bienes, es evidente, en aplicación de las disposiciones legales indicadas, que su cuota no puede exceder de dicha porporción y en consecuencia, corresponde dividirse los bienes por mitad, a favor de cada una de las partes.

En cuanto al pago de los beneficios de los bienes que administra la demandada y del que tiene a su cargo el demandante, su procedencia resulta manifiesta, a tenor de lo dispuesto por el artículo 899 del citado Código por cuanto está probado fehacientemente el derecho que las partes tienen a percibir el porcentaje que les respecta y por que dichos bienes producen

beneficios ya que están alquilados.

En tales circunstancias considero arreglada a ley la sentencia recurrida, confirmatoria de la de Primera Instancia, por cuyas razones soy de opinión que la Corte Suprema, puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD.

Lima, 30 de marzo de 1950.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diecinueve de julio de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; en discordia de votos; con el voto escrito del señor Vocal doctor Cox que rubricará el Secretario; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que el artículo setecientos cuatro del Código Civil no es de aplicación al caso de autos, por lo dispuesto en el numeral setecientos sesentiocho del mismo cuerpo de leyes, que inequívocamente establece que la porción del cónyuge es una mitad de la herencia al concurrir con hermanos del premuerto, sin que esa proporción esté sujeta al monto de los gananciales, por cuanto estos le corresponde por derecho propio: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuentinueve vuelta, su fecha trece de octubre de mil novecientos cuarentinueve, su fecha tres de diciembre de mil novecientos cuarentiocho, declara fundada la demanda de fojas una, interpuesta por don Eulogio Linares y que los bienes dejados por don Melchor Castro Linares deben dividirse entre su viuda, doña Vicenta Espinoza viuda de Castro y su hermano materno don Eulogio Linares en la proporción del cincuenta por ciento para cada uno; reformando la primera y revocando la segunda: declararon que de dichos bienes corresponde el cincuenta por ciento a su viuda, la nombrada doña Vicenta Espinoza, en concepto de gananciales; y que el resto que constituye herencia, debe dividirse en partes iguales entre aquella y su hermano don Eulogio Linares; con lo demás que contiene; sin costas; y los devolvieron.— Zavala Loaiza.— Láinez Lozada.— Eguiguren.— Sayán Alvarez.

Francisco Velasco Gallo. Secretario.

El infrascrito Secretario certifica que los fundamentos del voto del señor Vocal doctor Láinez Lozada son los siguientes: que los gananciales pertenecen al cónyuge supérstite por derecho propio y no constituyen herencia; que el Código Civil al señalar en sus disposiciones especiales la cuota

hereditaria del cónyuge, dispone por el artículo setecientos sesenticinco que cuando concurra con hijos u otros descendientes, se observará la regla del artículo setecientos cuatro; que tal taxativa no funciona cuando el cónyuge concurra con hermanos, pues el artículo setecientos sesentiocho del acotado que es el aplicable al caso de autos, define con precisión que la porción que le corresponde es igual a la mitad de la herencia.

Francisco Velasco Gallo.– Secretario.

Mi voto, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, es porque se declare NO HABER NULIDAD en la setencia de vista que confirmando la de primera instancia declara fundada la demanda de fojas una, interpuesta por don Eulogio Linares y que los bienes dejados por don Melchor Castro Linares deben dividirse entre su viuda doña Vicenta Espinoza viuda de Castro y su hermano materno, el nombrado don Eulogio Linares en la proporción del cincuenta por ciento para cada uno; con lo demás que contiene.– Noriega.

Francisco Velasco Gallo.– Secretario.

El voto del Vocal que suscribe es porque, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista confirmatoria de la de primera instancia por la que se declara que la mitad de la herencia corresponde a doña Vicenta Espinoza viuda de Castro y la otra mitad a los hermanos del intestado.– Lima, diez de julio de mil novecientos cincuentiuno.– Cox.

Francisco Velasco Gallo.– Secretario.

Mi voto es por la NULIDAD de la sentencia de vista y que revocando la apelada se declare infundada en todas sus partes la demanda de fojas una, interpuesta por don Eulogio Linares, por ser la única heredera del cónyuge premuerto su viuda doña Vicenta Espinoza viuda de Castro, a mérito de los fundamentos siguientes: que en el anteproyecto del actual Código Civil se estableció, que en materia de derechos hereditarios, como preceptos fundamentales los que llevan los números seiscientos noventitrés y seiscientos noventicuatro, en el primero de los cuales se otorga a los padres, a los hijos de todo orden y a los descendientes de éstos el derecho a la legítima en los dos tercios del caudal relicto y en el segundo de esos numerales se dejó establecido que al no haber aquellos legitimarios, pero sí otros ascendientes, la legítima de éstos sería la mitad de aquel caudal; que al no ser considerado el cónyuge en los preceptos antes enunciados, los codificadores, en el dispositivo seiscientos noventiséis, sólo condicionalmente lo asimilaron al

legitimario, permitiéndole concurrir con éste en el caso de no tener gananciales o bien cuando éstos sean menores a la cuota de la legítima, en este último caso para el efecto de agregar a los gananciales la fracción que permita igualar dicha cuota; que la condicionalidad impuesta al cónyuge en el numeral seiscientos noventiséis del anteporyecto guardaba concordancia con los seiscientos noventitrés y seiscientos noventicuatro, cuyos preceptos básicos armonizaban también lógicamente con el setecientos cincuenticinco, y éste al considerar al cónyuge en el cuarto orden permitía restringir sus derechos al concurrir con herederos de orden anterior; que la Comisión Revisora del anteproyecto, designada por el Congreso Constituyente de mil novecientos treintiséis, introdujo una reforma radical, al añadir al texto de los dispositivos seiscientos noventitrés y seiscientos noventicuatro, el término "cónyuge", con cuya adición prevalecen en los artículos setecientos y setecientos uno del Código Civil; que al promulgarse éste tenía que variar radicalmente el régimen contemplado por los codificadores, para amoldarse al de la Comisión Revisora la cual otorgó al cónyuge pleno derecho en la legítima, en la misma condición que a los padres, a los hijos y a los descendientes de éstos; que a ese carácter incondicional de legitimario resulta antagónico la inserción en el Código vigente del artículo setecientos cuatro, reproducción del seiscientos noventiséis del anteproyecto, porque en éste tenía un sentido lógico, cual era el de asimilar condicionalmente al cónyuge con los legitimarios; que por ser básicos los artículos setecientos y setecientos uno del Código Civil, sus preceptos imperativos prevalecen sobre cualquier otro dispositivo que en el mismo cuerpo de leyes le sea contrario, con la sola excepción del artículo setecientos sesenticinco, en razón de que la Comisión Revisora no sólo en él mantuvo el texto del numeral setecientos sesenta del anteproyecto, sino que le añadió el último parágrafo; que en cualquier otro caso el cónyuge viene a ser heredero en el caudal relicto, independientemente de los gananciales que no son herencia sino bienes propios del supérstite; que el derecho de los legitimarios siendo inalterable para el testador, se hace forzoso al no haber testamento y en este carácter es excluyente de los herederos simplemente legales, tales como hermanos y otros de orden subalterno; y así como cuando hay hijos y padres no concurren a la herencia los parientes de orden meramente legal, tampoco concurren éstos si sólo hay cónyuge, por ser éste heredero forzoso, en idéntico grado al de hijos y padres, por lo categóricamente dispuesto en el artículo setecientos del Código Civil; que en el anteproyecto era congruente el

numeral setecientos sesentidós; pero en el Código resulta insalvablemente ilógico el artículo setecientos sesentiocho, reproducción del número que se acaba de enunciar, y en la antítesis de éste con el setecientos, forzosa y necesariamente prevalece este último, por ser precepto sustancial que regula el sistema sucesorio.— Frisancho.

Se publicó conforme a ley.

Francisco Velasco Gallo.— Secretario.

Exp. No. 1402/49.— Procede de Lima.

R. J. P.— 1960; p. 106

DIVISION Y PARTICION.— Concurrencia del hijo del cónyuge con hermanos del causante. División de bienes propios y comunes.

XII,36) *En el juicio de división y partición de bienes comunes y propios, cuando concurre el hijo del cónyuge premuerto con hermanos del causante, percibe por ministerio de la ley, la mitad de los primeros y una parte de los segundos a título de herencia.*

Corte Suprema de la República . Primera Sala.

Causa No. 122. Año 1960. Sánchez c. Candela y otros.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Felipa Sánchez de Cortez, en su condición de heredera declarada de don Vicente Sánchez Borjas, interpone demanda de partición de los bienes de la que fue doña Victoria Sánchez de Candela, hermana de su padre referido. Señala los bienes que deben dividirse y establece que la partición debe hacerse entre ella y sus hermanos, representando a su padre premuerto, don Víctor Sánchez Borjas, hermano también de la causante, y doña Lorenza Candela Nolazco, hija de don Ceferino Candela, a su vez esposo de la causante.

La demandada Lorenza Candela conviene en la demanda, objetando únicamente la existencia de algunos bienes, tales como muebles y dinero. Los

demás demandados convienen en la demanda.

El juez de Primera Instancia de Cañete expide sentencia a fs. 95, declarando fundada en parte la demanda y disponiendo que los bienes propios de la causante sean divididos en tres partes iguales, una para cada uno de los hermanos y otra para la heredera del esposo de la causante; y del otro 50°/o establece que la tercera parte se adjudique a la misma heredera y las otras dos a cada uno de los hermanos de la causante.

Apelando el fallo por doña Lorenza Candela, la Tercera Sala de la Corte Superior de Lima, la revoca, disponiendo que la partición se haga en la siguiente forma: de los bienes propios de la causante el 50°/o para el esposo, representado por su heredera, y el otro 50°/o para los hermanos de la causante: y en igual proporción los bienes comunes.

De este pronunciamiento recurre en nulidad doña Lucrecia Candela.

Hay error parcial en la recurrida, porque tratándose de bienes comunes, corresponde el 50°/o al cónyuge y el otro 50°/o a los herederos. Ese 50°/o que corresponde al cónyuge no es herencia sino gananciales, o producto de la sociedad conyugal, sin que este hecho lo excluya de heredar en concurrencia con los demás herederos en el otro 50°/o, que debe dividirse en el caso de autos, entre la hija de dicha cónyuge y los hermanos de la causante, la esposa fallecida. Ya esta doctrina ha sido sustentada por la Corte Suprema, en reiteradas ejecutorias, como la de doña Inés viuda de Bonilla con sus sobrinos, recaída en el juicio de división y partición de bienes, procedente de Lambayeque en el año 1952.

En lo que respecta a los bienes propios de la causante, concurren a la sucesión la recurrente Lorenza Candela, como hija de la esposa de la causante doña Victoria Sánchez Borjas de Candela y los hermanos de ésta, con la atingencia de que el esposo sobreviviente hereda como legítima y en tal condición tiene que considerarse a su hija, la citada Lorenza Candela. En esta parte la sentencia de vista está en lo legal. No lo está en cuanto a los bienes comunes, ya que después de separado el 50°/o como gananciales, que corresponde al padre de doña Lorenza Candela, ésta debe recibir además un 25°/o del otro 50°/o que constituye la herencia, propiamente dicha; y éste es el punto del que reclama la citada Lorenza Candela, al interponer el recurso de nulidad a fs. 33.

Procede, en consecuencia, declarar que HAY NULIDAD en el extremo recurrido del fallo de segunda instancia; y reformándolo, declarar que el

50°/o de gananciales corresponde a la referida María Lorenza Candela, más un 25°/o de la masa hereditaria; y que NO HAY NULIDAD en lo demás que la sentencia contiene.

Lima, 19 de mayo de 1960.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 5 de agosto de 1960.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 130, su fecha 2 de setiembre de 1958, en cuanto confirmando la apelada de fs. 95, su fecha 30 de diciembre de 1957, declara fundada en parte la demanda interpuesta por doña Felipa Sánchez de Cortez, en los seguidos con don Víctor Sánchez Borjas y otros, sobre división y partición; declararon HABER NULIDAD en la parte que establece que los bienes comunes de la sociedad legal formada por la causante doña Victoria Sánchez de Candela y don Ceferino Candela deben dividirse en partes iguales entre éste último y los hermanos de la referida causante; reformándola en este punto y revocando en el mismo la de primera instancia: ordenaron que los indicados bienes comunes se dividan en dos partes iguales, correspondiéndole a doña Lorenza Candela Nolazco, en representación de su padre premuerto, el referido don Ceferino Candela, el 50°/o por concepto de gananciales y el otro 50°/o debe dividirse a su vez en dos partes iguales, una a favor de la citada Lorenza Candela y la otra también en dos partes iguales, una a favor de la citada Lorenza Candela y la otra también en dos partes iguales, siendo una para don Víctor Sánchez Borjas y la otra restante para los hijos de don Vicente Sánchez Borjas, José Mercedes, María, Manuela, Emilia y Felipa Sánchez Vicente; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.— Bustamante Cisneros.— Tello Velez.— Valdez Tudela.— Eguren.

Considerando: que no habiéndose establecido, ni determinado debidamente la existencia de bienes comunes de la sociedad legl, constituida por la causante doña Victoria Sánchez de Cancela y don Ceferino Candela, mi voto es porque se declaren nulas e insubsistentes las resoluciones inferiores.— Sayán Alvarez.— W. Ortiz A. Secretario.

XII,37) *Cuando el cónyuge supérstite concurre a la herencia con hermanos del causante, su participación hereditaria está regida por el art. 704 del C.C.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En el procedimiento sobre declaratoria de herederos del doctor Carlos Concha, fueron declaradas como tales, sus hermanas doña Lidia Concha de Letts, doña Ana y doña Virginia Concha, y la cónyuge sobreviviente doña Clara Picasso vda. de Concha. Así consta del expediente acompañado.

A fs. 1 de estos autos las hermanas del finado doctor Carlos Concha, han interpuesto demanda de partición de los bienes, solicitando que se verifique en la proporción de un 50°/o para las demandantes y el otro 50°/o para la viuda, que le corresponde por concepto de gananciales. Al contestar la demanda, el apoderado de doña Clara Picasso vda. de Concha, sostuvo que la proporción que correspondía a su mandante era la de las tres cuartas partes de los bienes comunes por concepto de gananciales y de herencia, y la otra cuarta parte para las actoras.

En la sentencia de fs. 44, el Juez de Primera Instancia Dr. Vivanco, ha declarado fundadas, en parte, la demanda y la reconvención; estableciendo que los bienes inventariados deben partirse en la proporción del 75°/o para la viuda y el 25°/o restante, por partes iguales, para las demandantes; excluyendo de la participación la suma de S/. 1,997.40 por pertenecer a la sucesión de doña Isabel P. de Picasso y colacionarse las primas de seguro abonadas por el Dr. Concha.

La Corte Superior a fs. 67, ha revocado la sentencia en cuanto a la proporción en que deben partirse los bienes; y aplicando el art. 768 del C.C. y condicionándolo con el art. 704 dada la cuantía de los gananciales, establece que a la viuda le corresponde el 50°/o de los bienes inventariados, por concepto de gananciales, y a las demandantes el otro 50°/o. Doña Clara Picasso vda. de Concha ha interpuesto recurso de nulidad.

El art. 704 del C.C. contiene una norma que rige la sucesión testamentaria, que es aplicable a la sucesión legal en el caso específico

determinado en el art. 765 del mismo Código, o sea, cuando el causante, fallecido sin otorgar testamento, deja hijos u otros descendientes, en cuyo caso el cónyuge hereda una parte igual a la de un hijo legítimo, "observándose la regla del art. 704".

El art. 768 no está condicionado a lo establecido en el art. 704, pues no contiene modalidad ni restricción alguna. Sus términos son absolutos, y, por consiguiente, no puede hacerse extensiva a la herencia legal del cónyuge y hermanos, la regla del precitado art. 704.

No existe razón para privar de herencia, por existir gananciales, al cónyuge que concurre con parientes que no tienen calidad de herederos forzosos, como los hermanos. Su derecho a gananciales, es indiscutible y justo. Si se extendiera la aplicación de art. 704 al caso contemplado en el art. 768, tendría lugar, en el fondo, una desheredación legal sin causa justificada.

Por estas razones y reproduciendo los fundamentos de la sentencia de Primera Instancia, opino que procede declarar que HAY NULIDAD en la recurrida en la parte materia del recurso interpuesto; y reformándola, confirmar la precitada sentencia de Primera Instancia

Lima, mayo 28 de 1949.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, seis de diciembre de mil novecientos cuarentinueve.

Vistos; en discordia; con lo expuesto por el señor Fiscal; por los fundamentos de la resolución de segunda instancia: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesentisiete, su fecha veintiséis de noviembre del año próximo pasado, en la parte materia del recurso por la que revoca la de primera instancia de fojas cuarenticuatro, su fecha veintidós de marzo del mismo año, y declara fundada la demanda interpuesta a foja una, y que de los bienes inventariados como pertenecientes a la sucesión del doctor Carlos Concha, le corresponde a su viuda doña Clara Picasso de Concha el cincuenta por ciento, en concepto de gananciales, correspondiendo el otro cincuenta por ciento a las demandantes doña Lidia Concha de Letts, doña Ana y doña Virginia Concha; sin costas y los devolvieron.

Valdivia.— Fuentes Aragón.— Cox.— León y León.—

El Secretario que suscribe, certifica que los fundamentos del voto del

señor Vocal doctor León y León, además de los de la recurrida, son los siguientes: que las ejecutorias supremas insertas en las páginas ciento treinticuatro y doscientos noventicinco de los Anales Judiciales de mil novecientos cuarenticuatro ha precisado ya, con notoria claridad, el alcance del artículo setecientos cuatro del Código Civil cuando el cónyuge supérstite concurre con hermanos del finado; que esa tesis resulta corroborada con el estudio de las Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil, signadas con los números ochentinueve, noventa, noventitrés, noventiséis, noventisiete, ciento cuatro, ciento cinco y ciento seis y especialmente con el texto del proyecto de mil novecientos treintiséis, cuyo artículo seiscientos noventiséis estatuía: "La legítima del cónyuge es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal, conforme al párrafo segundo del artículo setecientos cincuenticinco; pero la perderá si sus gananciales llegan o exceden del monto de la cuota y ésta se reducirá hasta lo que sea preciso si los gananciales fuesen menores"; y el artículo setecientos cincuenticinco preceptuaba: "Son herederos del primer orden: los hijos y demás descendientes, o los hijos adoptivos o sus descendientes; del segundo orden los padres; del de tercer orden, los abuelos y los hermanos; del cuarto orden, el cónyuge; del quinto y sexto orden respectivamente, los parientes colaterales del tercero y cuarto grado. Es también heredero legal el cónyuge sobreviviente en unión con los tres primeros órdenes indicados en este artículo"; lo cual evidencia la correlación entre los gananciales y la herencia, en que la norma del artículo setecientos noventiséis del Proyecto, tiene función reguladora general, frente a los casos específicos de los artículos setecientos setenta y siguientes del Código Civil; que ésto mismo se corrobora leyendo las actas de la Comisión Revisora del Proyecto del Código Civil; que esta doctrina fue la sustentada por mi en dieciséis de octubre de mil novecientos treintisiete, al absolver la consulta formulada por el señor doctor Octavio Cebreros, en su condición de Presidente de la Corte de Huánuco y de ello dio cuenta en su Memoria leída el dieciocho de marzo de mil novecientos treintiocho, habiendo sido aprobada previamente la respuesta por el muy ilustre jurisconsulto señor doctor Manuel Augusto Olaechea según lo hice constar en la acta respectiva; que tal tema y los otros conexos fueron certera y ampliamente expuestos por el doctor José Ezequiel Hurtado Gonzales, en su tesis para el bachillerato, escrita bajo mi dirección y con consulta del doctor Manuel Augusto Olaechea, y presentada el veintiséis de noviembre de mil novecientos treintiocho, en la Facultad de

Derecho de la Universidad de San Marcos, insertándose mis opiniones que los hermanos son herederos de tercer orden mientras el cónyuge es del cuarto, lo que está revelando la primacía de los hermanos, y es más bien ilógico y contrario al sistema adoptado no haberlos considerado como herederos forzosos; que lo expuesto no significa propugnar una minoración programática en la situación del cónyuge, sino el sometimiento a la voluntad de la ley tal como ha sido estructurada y expresada en el Código Civil peruano.

Paz de Novoa.

De conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce; nuestro voto es porque HAY NULIDAD en la sentencia de vista en la parte materia del recurso; y que reformándola, se confirme la apelada que manda partir los bienes inventariados al fallecimiento del doctor Carlos Concha, en la proporción del setenticinco por ciento para su viuda doña Clara Picasso, y el veinticinco por ciento, por partes iguales, para doña Lidia Concha de Letts, doña Ana y doña Virginia Concha.

Pinto.— Checa.— Se publicó. Paz de Novoa. Secretario Accidental.

Cuaderno No. 1426 . Año 194 2Procede de Lima.

A. J.— 1944; p. 285.

Aplicación del art. 704 del Código Civil

XII,38) *Recurso de nulidad interpuesto por don Jesús Delgado, en la causa que sigue con don Alfonso Mellet, sobre división y partición.— Procede de Lima.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El artículo 768 del Código Civil, es terminante; no se pueden aceptar distingos, sobre lo que dispone, ni pretender que al caso de autos se apliquen disposiciones dictadas para la sucesión testamentaria o para cuando hay hijos herederos en concurrencia con el cónyuge supérstite. Habiendo ascendientes solos o hermanos solos, la porción del cónyuge es igual a la mitad de la herencia. Esta está constituida por el cincuenta por ciento de los bienes adquiridos durante el matrimonio, por que el otro cincuenta por ciento constituye gananciales, o sea bienes que pertenecen legalmente al cónyuge y

son cosa distinta de la herencia.

El Juez de Primera Instancia al dictar el fallo de fojas cuarentidós, ha tenido presente las disposiciones legales y la doctrina expuesta en el párrafo anterior, por lo que la confirmatoria de fojas sesentitrés, es del todo legal. La Corte Superior no ha dejado de resolver ninguno de los puntos planteados, puesto que al confirmar la sentencia del inferior, en todo lo que contiene, lo ha hecho respecto de la reconvención referente al titulado anticipo de herencia, que aún cuando se hizo constar en escritura pública (fs. 59), presentada sólo ante el Tribunal, estaba hacia tiempo destruido por el documento de fojas veintidós, extendido al día siguiente de la escritura, en cuyo documento se revela el deseo, muy natural, en don Mariano Delgado de dejar bien clara la veracidad de los hechos y de la intención que los inspiró. No hay nulidad. Salvo mejor parecer.

Lima, 11 de setiembre de 1944.

Calle.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 4 de diciembre de 1944.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y considerando: que el Código Civil al conceder al cónyuge supérstite derecho de heredar, señala en su artículo 704 el monto de la legítima que debe corresponderle, estableciendo en forma inequívoca que no excederá de la cuota que le correspondería como heredero legal sin distinción de quienes pudieran ser los otros herederos con los que haya de concurrir en tal carácter —con la expresa taxativa de que la perderá si sus gananciales llegan o exceden al monto de la cuota, y ésta se reducirá hasta lo que sea preciso si los gananciales fueran menores; que el artículo 760 del mismo Código establece el orden legal de la vocación hereditaria, colocando al cónyuge en cuarto lugar, después de los hijos y descendientes, los padres, los ascendientes y los hermanos, y disponiendo que también heredan en concurrencia con los herederos de los tres primeros órdenes indicados: que en correspondencia lógica con tal orden de vocación hereditaria, el Código Civil, se ocupa sucesivamente en los artículos 765 y siguientes de todos y cada uno de los casos en que el cónyuge puede concurrir a la herencia como heredero legal, y fija la cuota respectiva para cada uno de dichos casos, a la cual se refiere concretamente el art. 704

citado; que, a mayor abundamiento al comenzar la discriminación de la serie consecutiva de tales casos de sucesión legal del cónyuge, el artículo 765 reitera expresamente la observancia de la regla del tantas veces indicado artículo 704; que, por lo expuesto, el cónyuge sobreviviente no podrá recibir en sucesión legal sino lo que el Código Civil señala para el caso de su personal relación con sus coherederos, en la amplitud de los términos precisos y explícitos del artículo 704; que dentro de estos principios, en el caso de autos, correspondiendo al cónyuge don Alfonso Mellet, el cincuenta por ciento de los bienes partibles, por concepto de gananciales, el otro cincuenta por ciento toca a los demandantes, hermanos del causante, divisible entre ellos por partes iguales; y que el instrumento de fojas 22, además de ser prueba preconstituida, no ha sido tachado y prueba la simulación de la escritura de anticipo de fojas 59; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas 63, su fecha 7 de agosto de 1943, en la parte que confirmando la apelada de fojas cuarentidós, su fecha 2 de octubre de 1942, señala la proporción en que deben dividirse los bienes dejados por doña Emiliana Delgado de Mellet; reformando la primera y revocando la segunda; declararon que tales bienes deben dividirse entregando el cincuenta por ciento al demandado como gananciales; y el otro cincuenta por ciento a los actores, como herencia divisible entre ellos, por iguales partes: declararon NO HABER NULIDAD en el fallo de vista en lo demás que contiene y es materia del recurso; sin costas; y los devolvieron.

Valdivia.— Portocarrero.— Ballón.— Frisancho.— Samanamud.

Se publicó conforme a ley.

José Merino Reyna. Secretario. Cuaderno No. 1816 de 1943.

ANALES JUDICIALES.— 1944; p. 134
Aplicación del Art. 704 del Código Civil

XII,39) *Recurso de nulidad interpuesto por doña Eleodora de Cruzate, en la causa que sigue con doña Rebeca Cruzate y otros, sobre división y partición.— Procede de Lima.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Eleodora Ubillús de Cruzáte demanda a sus condominos doña Rebeca y don Augusto Cruzáte, para diviri y partir la herencia del causante común, don Aurelio Cruzáte, fallecido el 14 de abril de 1941. Sostiene que los bienes partibles son todos comunes, por lo que le corresponde el 50°/o de ellos; y que, además, le toca la mitad de lo que es herencia, quedando la otra mitad para los otros coherederos. Se funda en los arts. 203, 768 y 787 del C.C. Como se vé, su tesis consite, fundamentalmente, en que, además de los gananciales que cubren la mitad de los bienes partibles, le toca la otra mitad de éstos por concepto de herencia. Quiere decir que, en su opinión, un cónyuge puede recibir una porción hereditaria superior a la de sus coherederos, a más de sus gananciales.

Los demandados consideran ilegal y equivocada la demanda. En concepto de aquellos, cuando la viuda tiene gananciales equivalentes a la mitad de los bienes, no participa como heredera en la otra mitad, ab intestato, en concurrencia con los herederos legales. Fundan la oposición en los arts. 760 y 769 del C.C. que determinan que los ascendientes y hermanos son herederos de tercer orden y que sólo no habiéndolos la herencia es del cónyuge.

Este juicio fue antecedido por un procedimiento de declaración de herederos que concluyó por auto de 29 de agosto de 1941, que declaraba como tales herederos a la viuda doña Eleodora Ubillús y a don Augusto y a doña Rebeca Cruzáte, hermanos del causante. Los últimos alegan que el auto de declaratoria de herederos, está equivocado al considerar como tal a la viuda, cuyos derechos de gananciales nadie discute. Existe un juicio de contradicción de aquél auto.

Los demandados finalmente, reconvienen a la viuda para que se haga la partición entregándole el 50 por ciento de los bienes, como herederos legales. Asimismo, los demandados interpusieron otra acción ordinaria contra la viuda, para que se declarara que ésta no tiene legítima. Seguido el respectivo incidente de acumulación, el último expediente fue acumulado al primero por auto de fs. 24.

La sentencia de primera instancia de fs. 55, se basa fundamentalmente en el artículo 704 del C.C. para sostener que la viuda no tiene derecho a parte

hereditaria, porque sus gananciales exceden a la cuota que le correspondería.

El fallo de vista de fs. 65 vta. se funda, para revocar el anterior, en que cuando no hay descendientes, la masa hereditaria dejada por el cónyuge premuerto alcanza al 50 por ciento de los bienes comunes; y que, siendo comunes los bienes a que se refiere la demandada, el otro 50 por ciento corresponde a doña Eleodora Ubillús de Cruzáte, quien además, por haber sido declarada heredera de su esposo y en aplicación del artículo 768 del C.C. tiene derecho a la mitad de la herencia. En todos los casos haya o no haya descendientes, la masa hereditaria dejada por el cónyuge premuerto alcanza únicamente al 50 por ciento de los bienes comunes. Así tiene que ser, puesto que el otro 50 por ciento de los bienes comunes, corresponde, al cónyuge sobreviviente. La cuestión que se ventila tiene otro planteamiento; y es saber si la cónyuge hereda cuando concurre con hermanos, no obstante de que sus gananciales sean superiores a la cuota hereditaria.

Según el artículo 704 del C.C. la legítima del cónyuge es igual a la de un heredero legal; pero la pierde si sus gananciales llegan o exceden del monto de la cuota legítima y ésta se reduce, hasta lo que sea preciso, si los gananciales fueren menores.

El artículo mencionado no hace ninguna diferencia entre herencia forzosa y herencia legal. Esta confusión deliberada del concepto hereditario, se deduce claramente del empleo del término legítimo, que parece referirse a la herencia forzosa, y del término heredero legal que parece referirse a las personas llamadas a la herencia, no siendo herederos forzosos.

Ahora bien, las disposiciones de los artículos 765 y 769 del C.C. se refieren al caso especial de la herencia legal y establecen sus reglas. Si hay descendientes, el cónyuge hereda como un hijo legítimo, observándose las reglas del artículo 704, pero con una nueva limitación; la de que su herencia no puede pasar de la cuarta parte. Esta limitación es literal y esencialmente compatible con la del artículo 704 que se refiere a gananciales.

Quiere decir que si el cónyuge no tiene gananciales, es heredero legítimo en una cuota igual a la de un descendiente, no excediendo de la cuarta parte de la herencia. Pero si el cónyuge tiene gananciales superiores o iguales al monto de aquella cuota, entonces no hereda nada, observándose la regla del artículo 704.

Los artículos 765, 766, 767, 768 y 769, forman una serie en concatenación ordenada y lógica, estableciendo los diversos casos de

concurrencia del cónyuge con herederos legales. Así es como queda establecido que si sólo hay hermanos, la porción del cónyuge es igual a la mitad de la herencia; pero todo está subordinado a la regla general del artículo 704

El artículo 704, al referirse expresamente a la cuota del cónyuge como heredero legal, comprende los artículos 765 y 768, que son los que establecen la graduación de la herencia legal.

Las actas de la Comisión Reformadora del C.C. contienen una interpretación terminante en favor de la tesis de que los gananciales eliminen proporcionalmente de la herencia al cónyuge.

No puede dejarse de considerar el hecho de que el C.C. de 1936 ha incorporado al cónyuge como heredero, por estimar injusta su situación conforme al Código de 1852. Esta incorporación representa una de las reformas más importantes en el derecho de sucesión, equiparando, en cierto modo, los derechos del cónyuge con los de los otros herederos.

La razón de la reforma consiste en que el cónyuge que no tenía bienes propios se encontraba desposeído del bienestar que venía disfrutando dentro del matrimonio, o a merced de la generosidad de los hijos. Esto, lejos de fortalecer la autoridad paternal, dentro de las necesidades morales y sociales de nuestra época y de nuestra sociedad, resultaba debilitándolo. Para liberar al cónyuge viudo y frecuentemente anciano, de la dependencia económica de la voluntad de sus hijos, la ley quiso dar a aquél una cuota hereditaria. Pero toda la concepción y todo el sistema reposan sobre la base de que el cónyuge sobreviviente no tenga fortuna. Si los bienes han sido comunes y los gananciales son superiores a la cuota hereditaria, no se ha querido ir al extremo de despojar a los herederos legales de una parte de bienes propios de su causante, en beneficio del cónyuge sobreviviente, cuyo bienestar ya estaba asegurado mediante los gananciales.

En consecuencia, el Suplente opina que HAY NULIDAD en el fallo de vista de fs. 65 vta.; y que, reformándolo, puede el Tribunal confirmar la sentencia de primera instancia de fs. 55.

Lima, 16 de mayo de 1944.

Ulloa.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 30 de mayo de 1944.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas 65, su fecha 10 de noviembre de 1942, y reformándola confirmaron la apelada de fojas 58, su fecha 28 de agosto anterior que declara fundada en parte la demanda interpuesta por doña Eleodora Ubillús de Cruzáte y que la partición de los bienes de don Aurelio Cruzate debe hacerse en la forma del 50 por ciento para la demandante y el otro 50 por ciento para los otros dos herederos, divisible por iguales partes; sin costas; y los devolvieron.

Valdivia.— Portocarrero.— Ballón.— Pastor.— Noriega.

Se publicó conforme a ley. A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 32 de 1944.

R. J. P.— 1944; p. 34

XII,40) *Por encontrarle relación con el tema desarrollado, insertamos una ejecutoria sobre interpretación del art. 770 del C.C.*

Señor:

En esta causa se han controvertido dos cuestiones principales habiéndose resuelto una de ellas con diverso criterio en las sentencias de primera y de segunda instancia.

La primera se refiere a la aplicación del artículo 770 del Código Civil vigente.

Conforme a este artículo, no tiene lugar la herencia forzosa ni la legal del cónyuge, si el causante muere antes del año de celebrado el matrimonio, salvo que hubiere tenido hijos.

Es de advertir que este artículo no figuraba en el Anteproyecto del Código promulgado el 30 de agosto de 1936. Según aparece de las actas de la Comisión Revisora, el precitado artículo se insertó por iniciativa del presidente de esa Comisión, que lo era el señor Ministro de Justicia. En el acta de la sesión correspondiente al 24 de junio de 1936 se lee, en efecto, lo siguiente: "Como consecuencia de la discusión a que dio lugar la ponencia del señor Ministro relativa a la necesidad de evitar hasta donde fuera posible los matrimonios celebrados sin más mira que el lucro, con personas enfermas o de

edad avanzada, se aprobó la siguiente fórmula como un nuevo artículo que irá a continuación del 663. No tendrá lugar la herencia forzosa, y la herencia legal del cónyuge, si el causante muere antes del año de celebrado el matrimonio, salvo que hubiesen tenido hijos".

Aunque la redacción fue retocada después, se conservó enteramente la sustancia.

En el curso de la discusión el Ministro expuso: "Que era necesario, como lo ha hecho presente, encontrar la manera d eevitar los matrimonios que no tienen más finalidad que el lucro, explotando el estado senil de una persona" (Acta citada).

La fórmula legal instalada en el artículo 770 no tiene precedentes en el campo de la legislación comparada y su incorporación al Código se debe por entero a la iniciativa del Presidente de la Comisión Revisora y a los motivos por éste aducidos.

La cuestión planteada asume así considerable interés. La Corte Superior de Arequipa confirmando la sentencia dictada en primera instancia, ha declarado nula la institución de heredera legal en favor de doña Juana Angulo Vda. de Muñoz. La resolución dictada se ajusta a los términos literales del artículo 770 del Código Civil, toda vez que el matrimonio de don Pedro José Muñoz con doña Juana Angulo se verificó el 30 de noviembre de 1936 y que Muñoz falleció el 16 de diciembre del mismo año, no habiendo durado el matrimonio sino el brevísimo lapso de 26 días.

Cabe considerar, sin embargo, que los esposos Muñoz-Angulo vivieron en concubinato durante algunos antes, hecho que ha sido objeto de prueba satisfactoria.

La legítima vidual tiene un fundamento clarísimo. Reposa en la unión espiritual de los esposos y en la necesidad social de conceder al cónyuge viudo una cuota que le permita vivir con decoro. No es justo que el esposo que compartía con su consorte las incomodidades y satisfacciones de la vida, quede de improviso en la miseria, pues, como dice un autor, el cónyuge superviviente forma uno de los ángulos del triángulo que representa la familia.

Los antecedentes de esta causa ponen de manifiesto que el matrimonio de los esposos Muñoz-Angulo no fue un acto de ilícita captación, o de censurable especulación fomentada al calor de las pasiones. Muñoz y su mujer habían vivido en estado de concubinato durante varios años al cabo de los cuales consagraron su unión extralegal celebrando el matrimonio.

Incumbe al Tribunal Supremo establecer con su alta autoridad el verdadero sentido del artículo 770. La aplicación de las leyes demanda siempre una perfecta inteligencia de su contenido y debe ser auxiliada por el generoso espíritu de la Corte Suprema.

De la segunda cuestión planteada se concreta a resolver sobre la validez de la cláusula por la cual don Pedro José Muñoz instituyó a favor de su viuda doña Juana Angulo una mejora sobre el tercio de libre disposición. Precisa decidir si se trata efectivamente de una mejora o de un legado. Aunque es cierto que el artículo 707 del Código define el concepto, este vocablo suele tener otras acepciones. La vulgar, que significa todo beneficio o ventaja que dentro de una herencia recibe un copartícipe en relación con los demás. La que denomina mejora la parte de bienes que los ascendientes atribuyen a sus descendientes además de su legítima; la acepción propiamente legal, y por tanto la única admisible, o sea aquella que la hace consistir en la porción de bienes de que el ascendiente dispone en favor del descendiente, precisamente del tercio destinado a ese objeto; pues claro está que si el testador dispone del tercio de libre disposición, no está mejorando sino legando. En resumen, la mejora es la parte de los bienes que el ascendiente detrae de la legítima de los hijos para afectarla en beneficio de uno de ellos o de sus descendientes. El sentido legal del instituto aparece con perfecta claridad en el precitado artículo 707. La mejora de que puede disponer el ascendiente se detrae siempre de uno de los dos tercios destinados a legítima. Evidente es que la mejora para ser verdaderamente tal, debe consistir en una parte restada o detraída de la legítima y forma parte integrante de ésta y, por consiguiente, cuando se habla de mejora referida al tercio de libre disposición, se está instituyendo un legado y no una mejora. Esta juega siempre en función con la legítima. Se propone hacer de ésta un instituto menos rígido y más flexible y acomodado a las circunstancias morales y materiales de la familia. Es siempre limitativa de la legítima, y no se puede por tanto hablar de mejora cuando el testador pretende instituirla sobre la base del tercio de libre disposición.

El infrascrito está de acuerdo con la sentencia de primera instancia en los otros puntos que han sido objeto del debate; por lo cual sintetizando su dictamen, propone a VE. que se sirva declarar que hay nulidad en el fallo de vista de fs. 66 v. y reformando este fallo, confirmar el de primera instancia en la parte que califica como legado la mejora del tercio; y en lo que concierne la herencia del cónyuge viudo resolver lo que estímese legal; confirmando en lo

demás la sentencia de primera instancia.

Lima, 1o. de Junio de 1939

Olaechea

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 29 de Agosto de 1939

Vistos; de conformidad en parte con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal; por los fundamentos de la sentencia de primera instancia en lo relativo a la carencia de derecho de la esposa para heredar en este caso a su esposo don Pedro José Muñoz, conforme al artículo setecientos setenta del Código Civil; declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas noventiséis vuelta, su fecha veintiséis de setiembre de mil novecientos treintiocho, en cuanto revocando la de primera instancia de fojas sesentitrés, su fecha dos de octubre anterior, declara infundada en todas sus partes la reconvención: reformando la primera, confirmaron la segunda en este punto, que declara fundada en parte la reconvención y que doña Juana Angulo de Muñoz sólo tiene derecho a la tercera parte de la herencia fincada al fallecimiento de su esposo don Pedro José Muñoz: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista en lo demás que contiene; y los devolvieron.

Barreto.— Zavala Loaiza.— Cárdenas.— Lavalle.

R. J. P.— 1970, p. 986

Matrimonio de una duración de menos de un año.

XII,41) *1.— La cónyuge supérstite cuyo matrimonio no ha tenido una duración de más de un año, carece de vocación hereditaria.*
2.— Procede el desahucio contra quien ocupa un inmueble de modo precario y sin pagar pensión.

RESOLUCION SUPREMA

Expediente No. 719-70. Procede de Lima.

Lima, veinticinco de junio de mil novecientos setenta.

Vistos; y CONSIDERANDO: Que don Víctor Casas Luyo falleció el diecinueve de marzo de mil novecientos cuarentinueve, es decir antes del año del matrimonio celebrado con la demandada el veintiocho de octubre de mil novecientos cuarentiocho, por lo que ésta no adquirió ningún derecho hereditario, como dispone el artículo setecientos setenta del Código Civil; que consecuentemente habiéndose acreditado que la demandada ocupa el inmueble de modo precario y sin pagar pensión; y estando a lo dispuesto en el artículo novecientos setenta del Código de Procedimientos Civiles: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuarenta, su fecha siete de abril del año en curso, que revocando la apelada de fojas veintisiete, su fecha veintiséis del mismo año, declara infundada la demanda de desahucio interpuesta por doña Rosa y José Isidoro Casas Luyo contra doña María Carmen Vilela viuda de Casas; reformando la primera y confirmando la segunda declararon fundada dicha demanda; y en consecuencia, que la demandada desocupe el inmueble sub-litis en el plazo de seis días; sin costas; y los devolvieron. Córdoba.— Velasco Gallo.— Santos.— Galindo.— Nugent.— Se publicó conforme a ley. Ricardo La Hoz Lora. Secretario General.

SEMANARIO JUDICIAL.— 1963; p. 199

XII,42) *Cuando hereda el cónyuge en concurrencia con hermanos, la distribución de los bienes se verifica de la siguiente manera: el cincuenta por ciento para el cónyuge supérstite en condición de gananciales; y el otro cincuenta por ciento divisible: el 25o/o para el mismo cónyuge y el otro 25o/o para distribuirse entre los hermanos. (Aplicación ya tradicional de la Corte Suprema respecto de los arts. 704 y 768 del C.C.).*

Causa 1182/62.— Ica.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Se ha acumulado en este expediente dos acciones de partición de los bienes dejados por Da. Matilde Juchaya de Muñante. Una ejercitada por el marido D. Hugo Muñante, contra sus coherederos, hermanos de su mujer D.

Ricardo, D. Carlos y Da. Rosa Matilde Junchaya Tataje; y ls otra, fs. 27, ajercitada por estas contra el primero.

La primera pretende que la partición de los bienes consistentes en un depósito de ahorros ascendente a S/. 7,018, la indemnización por tiempo de servicios, ascendente a S/. 23,774.52, debe dividirse en la siguiente proporción: 50o/o para el cónyuge, en concepto de gananciales; y del otro 50o/o, la mitad para el mismo y de la otra mitad se distribuirá entre los hermanos; previa deducción de los gastos de funeral y otros que se indican en la demanda de fs. 18.

La demanda de los Junchaya Tataje pretende que la partición se haga 50o/o para el cónyuge y 50o/o para ellos; entendiéndose que ese 50o/o para el cónyuge debe calcularse solamente por el tiempo de 20 meses que duró el matrimonio de su hermana; y que se excluya de la participación de los bienes muebles que se han inventariado y que son bienes parafrenales de la mujer.

La sentencia recurrida, confirmando en una parte y revocando en otra la de primera instancia, ha mandado partir la herencia en la forma solicitada por el marido, esto es que le corresponde a éste el 75o/o de los bienes inventariados y que del 25o/o restante se distribuyan los hermanos; y que los bienes muebles corresponden al marido; por ser menaje de la casa.

Por resolución de fs. 31, de los acompañados se ha declarado como que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión. Conforme al Art. 768, cuando el cónyuge concurre a la herencia, con hermanos, corresponde al primero la mitad. Los gastos de funeral se pagan de preferencia, Art. 803; y conforme al 200 no se incluye en el inventario el menaje ordinario de la casa, que se entregará al cónyuge sobreviviente.

La Corte Superior de Ica, en la sentencia recurrida, ha hecho estricta aplicación de la ley.

NO HAY NULIDAD.

Lima, 13 de diciembre de 1962.

Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintitrés de agosto de mil novecientos sesentitrés.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento tres vuelta, su

fecha veintiséis de setiembre de mil novecientos sesentidós, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas ochenticinco, su fecha dos de enero del mismo año, ordena que los bienes dejados por doña Matilde Junchaya de Muñante se dividan en la siguiente proporción: el setenticinco por ciento para don Hugo Muñante y el veinticinco por ciento para doña Rosa Matilde, don Ricardo César y don Carlos Augusto Junchaya, entendiéndose que el setenticinco por ciento que le corresponde al cónyuge sobreviviente está constituido por el cincuenta por ciento que le toca por concepto de gananciales y por la mitad del otro cincuenta por ciento como derecho hereditario, en los seguidos por don Hugo Muñante con do Ricardo Junchaya y otros sobre división y partición; con lo demás que contiene: condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Señores: Garmendia.– Tello Velez.– García Rada.– Vivanco Mujica.

Por los fundamentos pertinentes de la apelada y por lo que disponen los artículos setecientos cuatro y setecientos sesentiocho del Código Civil: mi voto, con lo expuesto por el señor Fiscal, es porque se declare haber nulidad en la sentencia de vista y que reformándose, se confirme la de primera instancia.

Señor: Sayán Alvarez.

Se publicó.– Tudela.

ANALES JUDICIALES.– 1963; p. 43

XII,43) *Cuando concurren a la herencia padres y cónyuges del de cujus y se trata de bienes comunes, la partición debe hacerse respetando el 50o/o por gananciales y el 50o/o restante, dividirse como herencia por terceras partes entre los padres y la cónyuge del causante.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Juzgado de Primera Instancia de la Provincia Constitucional del Callao, por sentencia de fs. 66, ha declarado fundada, en parte, la demanda interpuesta por don Luis Castellano Calderón y otra, contra doña Luzmila Aramburú vda. de Castellano, sobre división y partición. Apelada dicha

sentencia, el Tribunal Superior, por la de vista de fs. 85 vta. la confirmó. Contra esta resolución, se ha interpuesto recurso de nulidad.

Por recurso de fs. 2, don Luis Castellano Calderón y doña Juana Rosa Cobos de Castellano, interponen demanda contra doña Luzmila Aramburú vda. de Castellano, sobre división y partición de los bienes pro-indiviso dejados por don Luis Castellano Cobos, hijo legítimo de los actores y esposo de la demandada, a efecto de que, en su oportunidad, seordene la división y partición, en tres partes iguales de todos los bienes. Corrido traslado de la demanda, por auto de fs. 6, se dio por absuelto el trámite, en rebeldía de la demandada, quien salió a juicio, previo pago de la multa de ley, por su recurso de fs. 8, en que manifiesta que, al hacerse la división debe tenerse en cuenta que a ella le corresponde un 50o/o, por concepto de gananciales, y del otro cincuenta por ciento le corresponde un tercio. Merituando la prueba actuada y teniendo a la vista los procesos sobre declaración de herederos del causante, don Luis Castellano Cobos, así como el juicio sobre contradicción de sentencia, es de apreciar que, los Magistrados de las instancias inferiores han procedido con arreglo a derecho al ordenar que se haga la división y partición, respetando el 50 por ciento de las gananciales, y del otro cincuenta por ciento, que se divida en tres porciones iguales, con excepción de los muebles y enseres que constituyen el menaje de casa.

En consecuencia, estando a lo que aparece de autos, este Ministerio, es de opinión que, se declare, NO HABER NULIDAD, en la recurrida que, declara fundada, en parte, la demanda.

Lima, 13 de diciembre de 1962.

Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de abril de mil novecientos sesentitrés.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ochenticinco vuelta, su fecha quince de setiembre de mil novecientos sesentidós, que confirmando la apelada de fojas sesentiséis, su fecha veintiocho de mayo del mismo año, declara fundada en parte la demanda de división y partición interpuesta a fojas dos por don Luis Castellano Calderón y otra contra doña Luzmila Aramburú Sánchez vda. de Castellano; con lo demás que contiene; condena-

ron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– Maguiña Suero.– Garmendia.– Tello Velez.– García Rada.– Vivanco Mujica.– Se publicó conforme a ley.– Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa No. 1199-62.– Procede del Callao.

R. J. P.– 1955; p. 79

HERENCIA DEL CONYUGE.– Concurrencia con hijos ilegítimos.

XII,44) *Cuando el cónyuge sobreviviente concurre a la herencia con un hijo ilegítimo hereda el doble de lo que recibe éste, porque el cónyuge hereda en la proporción que hereda un hijo legítimo.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 757/54 .– Procede de Lima.

Señor:

El doctor Enrique Febres Odriozola otorgó su testamento cerrado con fecha 20 de marzo de 1947, cuyo tenor es de verse de la copia certificada de fs. 134. Declaró ser casado con la señora Elena Medina Hoppe y tener un hijo ilegítimo llamado Manuel Febres Cavero, a quienes instituyó por sus herederos en la porción de ley, o sea en la mitad de bienes cada uno, exceptuando la parte de que disponía por concepto de legados y mejora. En la cláusula 7a. adjudicó a su esposa el inmueble de dos pisos de la Avenida de los Fresnos No. 816 al 865, dejándoles también todo el maneje de la casa, comprendido el automóvil marca Buick por la cláusula 8a. En la cláusula 9a. dejó en calidad de legado a doña María Orué un inmueble, a quien también legó por la cláusula 10a. el altar, imágenes y demás objetos de culto, que existen en el Oratorio de la Clínica de que era propietario el testador. Y por la cláusula 11a. dispuso que si el legado dejado a doña María Orué era menor que el tercio de libre disposición, la diferencia, hasta completar ese tercio, se adjudique a su esposa en calidad de mejora.

Don Manuel Febres Cavero ha demandado a fs. 1, la partición de los bienes causados por su padre, la caducidad de las cláusulas 7a. 8a, 9a, 10a y

11a., que se reduzcan los legados y mejoras a la proporción de ley, así como la colación del dinero, alhajas, muebles, etc. que hubieren recibido la viuda y la legataria doña María Orué.

Tramitada la causa, el Juzgado de Primera Instancia dando cumplimiento a la Ejecutoria Suprema de fs. 169 que dispuso se expidiera nuevo a fallo con arreglo a ley, ha pronunciado la sentencia de fs. 191 que declara fundada la demanda en cuanto a la partición de los bienes causados por el doctor Febres Odriozola, los que deben dividirse entre el actor y la viuda en la proporción establecida en el art. 765 del C.C. concordante con el art. 762 del mismo Código, y sin lugar la demanda en los que respecta a los demás puntos debatidos. La Corte Superior de Lima, a fs. 236 ha confirmado dicha sentencia, originando recurso de nulidad del demandante.

Según aparece de la copia certificada de fs. 138, doña María Orué siguió juicio con los herederos del doctor Febres Odriozola, para que éstos le otorgaran la escritura pública de donación del inmueble a que se refiere la cláusula 9a. del testamento referido, y que fue materia de una minuta suscrita por el causante doctor Febres Odriozola, que no llegó a elevarse a escritura pública por fallecimiento de éste. El juicio citado terminó favorablemente a doña María Orué, de manera que la partición de los bienes demandados debe verificarse entre la cónyuge sobreviviente y el demandante en su condición de hijo ilegítimo.

Conforme a ley, a éste le corresponde la mitad de la legítima del cónyuge sobreviviente por heredar este último como hijo legítimo. Ya la Ejecutoria Suprema que en copia obra a fs. 169 dejó establecido que el testador se limitó a declarar que la cuota hereditaria para cada uno la constituye la mitad de sus bienes, y que tal declaración desconocía la prescripción contenida en el art. 765 del C.C.

Las sentencias de Primera y Segunda Instancia se conforman al precepto legal.

De las pruebas actuadas no resulta que el causante hubiera excedido del tercio de libre disposición al legar a doña María Orué los bienes de que se ha hecho mención. Tampoco se ha acreditado que las demandadas hubieran recibido dinero en efectivo, joyas, muebles, etc., como se sostuvo en la demanda, de manera que no existe bienes que traer a colación. El testador ha usado la palabra mejora, pero en realidad lo que ha hecho es disponer del tercio de libre disposición.

La demanda es fundada, en consecuencia, sólo en cuanto se contrae a la partición de los bienes, que debe verificarse en la proporción señalada por la ley, como se ha resuelto por el Juzgado y la Corte Superior.

Opino, por las consideraciones expuestas, que proceda declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 16 de octubre de 1954.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinticuatro de noviembre de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; con lo acordado, de conformidad con el dictamen del Sr. Fiscal; y considerando: que la legítima del cónyuge es una cuota igual que corresponde a un hijo legítimo, por lo que cuando el esposo supérstite concurre a la herencia del cónyuge fallecido con un hijo ilegítimo de éste solamente, como sucede en el caso de sub-litis, la herencia de aquél es el doble de la que corresponde al hijo ilegítimo: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientas treintiséis, su fecha diez de agosto último, que confirmando la apelada de fojas ciento noventiuno, su fecha seis de octubre de mil novecientos cincuentitrés declara que la división y partición de la herencia del doctor Enrique Febres Odriozola debe hacerse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos setecientos sesenticinco y setecientos sesentidós del Código Civil; mandaron en consecuencia que la referida operación se haga en la proporción de dos tercios para la viuda del causante doña Elena Medina viuda de Febres Odriozola y un tercio de la misma para el hijo ilegítimo del primero, don Manuel Febres Cavero; con lo demás que dicha sentencia contiene; sin costas; condenaron en las del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que interpuso; y los devolvieron.— Maguiña Suero.— Lengua.— Tello Velez.— Gazats.— Ponce.— Se publicó.— Secretario accidental.

R. J. P.— 1957; p. 562

HERENCIA DEL CONYUGE.— Participación en los beneficios sociales.

XII,45) *1.— El cónyuge cuyo matrimonio ha durado menos de un año*

sin haber tenido descendencia en él, no tiene derecho a la herencia del otro.

2.– El cónyuge supérstite sólo tiene derecho, en concepto de gananciales, al 50o/o de la indemnización por beneficios sociales que correspondía al otro y únicamente por el tiempo de su matrimonio con el causante.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1357/56.– Procede de Lima.

Señor:

Por auto de fs. 56 vta. se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por doña Tula R. de Puyó contra la sentencia de vista de fs. 53, en cuanto, confirmando la de Primera Instancia de fs. 34, declara infundada la demanda de contradicción de sentencia interpuesta a fs. 1 por la recurrente; con lo demás que contiene.

De la partida de fs. 14 del expediente acompañado, aparece que la demandante doña Tula Reccio Olaya contrajo matrimonio civil con don Emilio Puyó Guillet el 26 de agosto de 1953 y como según la partida de defunción de fs. 1 de los mismos autos, el 13 de febrero de 1954 falleció don Emilio Puyó G., o sea antes del año de celebrado el matrimonio; es evidente que de conformidad con lo dispuesto por el art. 770 del C.C. no tiene lugar la herencia legal, ni forzosa de la actora, en su condición de cónyuge sobreviviente. Por auto de fs. 23 del acompañado, se ha declarado herederos del nombrado causante a sus hermanos don Ernesto, don Eduardo, doña Elisa y doña Mercedes Puyó Guillet, desestimándose la petición formulada por doña Tula R. viuda de Puyó para ser considerada heredera de su cónyuge fallecido. Contradiciendo dicha resolución la cónyuge Tula R. viuda de Puyó entabla la demanda de fs. 1. Como la actora no ha probado que hubiere tenido hijos de su fallecido cónyuge, es de aplicación lo dispuesto por el art. 770 del C.C., y por lo tanto no tiene derecho a la herencia de su citado esposo; debiendo declararse infundada la demanda contradictoria incoada a fs. 1.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia recurrida opino que NO HAY NULIDAD en el fallo de vista, en la parte materia del recurso.

Lima, 18 de febrero de 1957.

García Arrese.

para la actora y del doce y medio por ciento para cada una de las demandadas.

Se trata de una decisión respaldada por la norma contenida en la primera parte del artículo setecientos sesenticinco del Código Civil, que traduce la inequívoca intención legislativa de que si el cónyuge sobreviviente concurre con hijos ilegítimos en la herencia del cónyuge fallecido, su legítima no es susceptible de disminuirse por la existencia de gananciales.

Por las razones expuestas, y las que contiene la sentencia de vista, estoy de acuerdo con lo resuelto por la Sala Civil de la Corte Superior de La Libertad, por lo que mi opinión concluye que NO HAY NULIDAD. Salvo mejor parecer.

Lima, 9 de noviembre de 1967.

Ponce Sobrevilla.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, cuatro de enero de mil novecientos sesentiocho.

Vistos, por los fundamentos pertinentes del dictamen del señor Fiscal, y considerando que la restricción establecida por el Artículo setecientos cuatro del Código Civil para el disfrute pleno de la legítima por el cónyuge, está taxativamente determinada por el artículo setecientos sesenticinco del mismo código, sólo en relación con los hijos legítimos, declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientos noventa, su fecha dieciséis de diciembre de mil novecientos sesentiséis, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas doscientos cuarentinueve, su fecha cuatro de setiembre de mil novecientos sesenticinco, declara fundada en parte la demanda de división y partición interpuesta a fojas dos por doña Isolina de Orbegoso viuda de Vélez López contra doña Elsa Vélez León y otra; con lo demás que contiene, condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso, y los devolvieron.— Maguiña Suero.— Vivanco Mujica.— Peral.— Carranza.— Núñez Valdivia.— Se publicó.— Lizandro Tudela Valderrama.— Secretario.

R. J. P.— 1952; p. 2944

XII,47) *1.— El cónyuge no es heredero si el matrimonio no ha durado*

por lo menos un año.

2.– El marido sólo tiene la calidad de herencia de su mujer cuando el matrimonio cesado es el civil y no sólo el religioso.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 388/952.– Procede de Junín.

Señor: Don Fortunato Palomino solicita ante el Juez de Primera Instancia de Huancayo la declaratoria de herederos de doña Velita Rodríguez, acompañando la partida de defunción de fojas 1. Abierto el procedimiento y constatada la no existencia de testamento por certificado de los notarios del lugar, se presentan a reclamar la menor Adela Carmen Palomino, Velita, hija legítima de la cónyuge y don Alberto Napaico Sihuay, como cónyuge supérstite, con partidas de fs. 9 y 16, respectivamente.

La partida de matrimonio de Napaico es impugnada porque refiere a uno de carácter religioso, que no produce efectos civiles por no haber las partes contraído el civil, ya que estuvo en vigencia en la época de su realización el nuevo Código Civil. Aún cuando presentó la partida de su matrimonio civil, que en copia corre a fs. 1, ésta fue tachada de apócrifa y falsa por no haberse realizado el matrimonio civil y por cuyo motivo se abrió instrucción a Napaico y otros, en lo que conviene dicho pretendiente. Y el hecho de que éste haya pedido la inscripción de su matrimonio religioso como consta de las copias certificadas de fs. 24 y 30, demuestra la veracidad de la impgunación. De manera que no hay instrumentales suficientes para declararlo como heredero de la de cujus. En cambio, la hija legítima ha probado su condición de tal no sólo con la partida de nacimiento de fs. 6 sino con la de matrimonio de sus padres, corriente a fs. 10, que fue contraído, el imperio del C.C. derogado.

Por estas razones, encuentro arreglada a ley las resoluciones de fs. 83, su fecha 22 de noviembre de 1911, y la de vista de fs. 94, su fecha 13 de mayo último.

NO HAY NULIDAD.

Lima, 1o. de agosto de 1952.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, cuatro de octubre de mil novecientos cincuentidós.

Vistos; de conformidad con la conclusión del dictamen del señor Fiscal; y considerando: que la partida que en copia certificada corre a fojas seis acredita el matrimonio religioso celebrado entre don Alberto Napaico y doña Lidia Velita viuda de Palomino, que por haber se efectuado el cuatro de diciembre de mil novecientos cuarenticuatro carece de efectos civiles; que si bien la copia certificada de la partida de fojas cinco comprueba la celebración del matrimonio civil entre los mismos ya nombrados Napaico y Velita con fecha dieciséis de enero de mil novecientos cincuenta, la partida de defunción de la última o sea de doña Lidia Velita Rodríguez establece que su deceso tuvo lugar el diecisiete de julio de mil novecientos cincuenta, es decir seis meses y un día después de la celebración del mencionado matrimonio con don Alberto Napaico, por lo que de acuerdo con lo que preceptúa el artículo setecientos setenta del Código Civil no confiere derechos hereditarios a este último: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas noventicuatro, su fecha trece de mayo último, que confirmando la apelada de fojas ochentitrés, su fecha veintidós de noviembre de mil novecientos cincuentiuno, declara el fallecimiento intestado de doña Lidia Velita Rodríguez y como su heredero legal a su hija doña Adela Carmen Palomino Velita; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Checa.— Bustamante Cisneros.— Garmendia.— Maguiña.— Valverde. Se publicó conforme a ley.— Dagoberto Ojeda del Arco. Secretario.

R.J.P.— 1955; p. 2080

XII,48) *La cónyuge no puede ser declarada heredera de su marido en el procedimiento no contencioso, aun cuando acredite su estado de gravidez, si su matrimonio no ha durado un año.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 755/54.— Procede de Lima.
Señor:

Don Pedro Nakamura inicia procedimiento no contencioso de declaratoria de herederos de Pablo Nakamura Takania, fallecido trágicamente, en el Callao, el 6 de febrero de 1954, según partida de defunción, acompañada a la demanda. Pide, que se declare como herederos a los padres del occiso, uno de ellos, el demandante; y para el efecto, presenta el certificado parroquial de fs. 2, de bautismo. También presenta copia fotostática del matrimonio del desaparecido con doña María Ofelia Yamashita, quien sale a juicio a fs. 7, acompañando idéntica copia y haciendo presente que ha quedado en estado de gravidez; y para comprobar este hecho, a fs. 8, solicitó su reconocimiento médico-legal, petición que fue desestimada. La misma insiste, en que se tenga en cuenta el derecho del por nacer; y para esto, presenta la diligencia preparatoria, sobre su reconocimiento médico. Llenadas las formalidades de ley, el juez del Callao de acuerdo con el dictamen del Agente Fiscal de fs. 12, resuelve a la vuelta, declarando como únicos herederos a los padres del intestado y dejando a salvo el derecho de la cónyuge, para que lo haga valer en la forma que le conviniere. Al ser apelada esta resolución, por la esposa del causante, la Superior de Lima, de conformidad con la opinión de su Fiscal, confirma la anterior a fs. 19. La viuda hace valer recurso de nulidad.

Los padres del occiso, para acreditar el derecho sucesorio, que reclaman, deben aportar los suficientes elementos de prueba, en el caso de autos, sólo instrumental, conforme a los arts. 1216, 1217 y 1218 del C.P.C. Los que se dicen padres del intestado apoyan su derecho en el certificado de bautismo de fs. 2 que es insuficiente. Se requiere la partida de matrimonio de los pretendientes, de cuyo acto parte la sucesión legítima; y el matrimonio debe probarse con la certificación de dicho contrato, no siendo suficientes los datos consignados en los dos instrumentos presentados, relativo a la defunción y al bautismo. En cambio, la cónyuge ha probado su derecho sucesorio, satisfactoriamente, con la copia de su partida de matrimonio, ya referida, fuera de que su estado de gestación se ha demostrado con el reconocimiento médico, que consta de la diligencia preparatoria, presentada en segunda instancia, en escrito de fs. 17.

El denegatorio al reconocimiento solicitado por la viuda a fs. 8, lo considero injusto, porque, aunque se trata de un juicio sumario, o procedimiento no contencioso, la mujer grávida, conforme al art. 4o., del C.C. puede solicitar que se reconozca su estado. Establecido por el art. 1o. del mismo cuerpo de leyes, que el principio de la personalidad lo determina el

nacimiento con vida, el reconocimiento de la preñez puede ser institución innecesaria, pero el citado art. 4o. la admite como un derecho facultativo de la mujer. Además, el C. de P.C. permite el reconocimiento de la preñez, no obstante haber derogado los arts. 5 y 7 del C.C. anterior, como medio de prueba. Y de este medio de prueba ha tratado de valerse la viuda, como un derecho facultativo, para resguardar su interés y el del niño. Si se analiza el certificado médico, que obra en la diligencia preparatoria, el tiempo de gestación, que indica el médico, está dentro del término legal, que coincide con la fecha del deceso del padre.

Discutible el caso doctrinaria y legalmente, concluyó, opinando, que no presentada la partida matrimonial, generadora de los derechos que reclaman los nominados padres del intestado, debe tenerse como única heredera, en concurso con los padres, si éstos hubieran acreditado su pretensión con prueba instrumental, plena art. 767 C.C.; y no habiendo ascendientes ni hermanos la herencia es del cónyuge, art. 769.

Por tales consideraciones, opino, que HAY NULIDAD en la recurrida, confirmatoria de la apelada, en la parte, que declara como herederos del de cujus a don Pedro Nakamura y a doña Esther Takamia, reformando la primera y revocando la segunda, declarar como sola heredera de Pablo Nakamura a su cónyuge supérstite, doña María Ofelia Yamashita.

Lima, 29 de setiembre de 1954.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de noviembre de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y considerando: que los instrumentos presentados no acreditan el derecho sucesorio de los padres del causante y que de las partidas de fojas una y fojas tres resulta que el intestado contrajo matrimonio con doña María Ofelia Yamashita, el doce de agosto de mil novecientos cincuentitrés y falleció el seis de febrero de mil novecientos cincuenticuatro o sea antes del año de la celebración del acto matrimonial, que en consecuencia, el derecho de los interesados en este procedimiento debe ejercitarse en la vía ordinaria de conformidad con lo que dispone el artículo mil doscientos dieciocho del Código de Procedimientos Civiles: declararon HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas diecinueve

que confirmando la apelada de fojas doce vuelta su fecha veinticuatro de mayo del mismo año declara el fallecimiento intestado de don Pablo Nakamura Takamia y como sus herederos a sus padres don Pedro Nakamura y doña Esther Takamia; reformando la primera y revocando la segunda mandaron se siga en la vía ordinaria el procedimiento, y los devolvieron.— Maguiña Suero.— Tello Vélez.— Ramírez.— Gazats.— Ponce.— Se publicó.— Guillermo Ballón. Secretario General.

ANALES JUDICIALES.— 1950.— p. 36

XII,49) *La porción hereditaria del cónyuge que concurre a la herencia con un hijo ilegítimo del causante, está regida por los arts. 765 y 762 del C.C.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En el procedimiento sobre declaratoria de herederos de don Honorio Lucero, quien falleció el 26 de noviembre de 1947, fueron declarados como tales, su hijo ilegítimo don Bacílides Lucero Grados y la cónyuge sobreviviente doña Carmen Cavero viuda de Lucero.

Don Bacílides Lucero ha demandado la partición de los bienes dejados por su causante, acción que se ha declarado fundada, en parte, por la sentencia de fs. 15, que establece que los bienes dejados por don Honorio Lucer deben dividirse en dos partes iguales entre el demandante y la viuda doña Carmen Cavero. La Corte Superior, confirmando en una parte y revocando en otra dicha sentencia, ha resuelto a fs. 20 que la partición se verifique correspondiendo las dos terceras partes a la viuda, y la otra tercera parte al hijo ilegítimo don Bacílides Lucero, quien ha interpuesto recurso de nulidad.

Considero que la sentencia recurrida está arreglada a ley. Conforme al art. 765 del C.C. la cuota hereditaria del cónyuge es igual a la de un hijo legítimo cuando concurre con éstos u otros descendientes. El art. 762 establece que si hay hijos legítimos e ilegítimos, cada uno de estos últimos recibirá la mitad de lo que reciba cada legítimo. Quiere decir, que en el caso

de autos en que concurren un hijo ilegítimo y la viuda, a ésta corresponde el doble de lo que toca al primero

Opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida, que así lo resuelve.

Lima, setiembre 10 de 1949.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 14 de enero de 1950.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce; y considerando además: que el artículo setecientos sesenticinco del Código Civil, contiene dos hipótesis diversas, contemplando en la primera el caso de concurrencia de hijos u otros descendientes no legítimos con cónyuge supérstite, asignando a éste una parte igual a un hijo legítimo, observándose la regla del artículo setecientos cuatro del mismo Código; que el caso sub-litis es precisamente el previsto en la hipótesis; y que la segunda parte del precepto relativo a hijos legítimos no es pertinente al litigio; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas veinte, su fecha nueve de diciembre de mil novecientos cuarentiocho, por la que se confirma en una parte y revoca en otra la de primera instancia de fojas quince, su fecha veintidós de julio del mismo año y declara que de la herencia causada por don Honorio Lucero, corresponden las dos terceras partes a doña Carmen Cavero viuda de Lucero y una tercera parte a don Bacílides Lucero, con lo demás que contiene: condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Valdivia.— Cox.— Pinto.— León y León.

Con lo dictaminado por el señor Fiscal, y considerando: que los hijos sin distinción de legítimos o ilegítimos son herederos del primer orden y cuando concurren a la herencia los segundos reciben la mitad de lo que corresponde a cada legítimo como lo establecen los artículos setecientos sesenta y setecientos sesentidós del código Civil; que el artículo setecientos sesenticinco de ese cuerpo de leyes al establecer que, en los casos en que hayan hijos u otros descendientes el cónyuge hereda una parte igual al de un hijo legítimo, implica la concurrencia de hijos legítimos e ilegítimos y en caso de existir unos y otros el cónyuge hereda una parte igual a la de un hijo legítimo, pero cuando sólo hay ilegítimos en concurrencia con el cónyuge

heredan por partes iguales porque el hijo ilegítimo es heredero del primer orden y está ligado al "de cujus" por víncula de sangre y su participación en la herencia no puede ser inferior a la del cónyuge porque se encontraría en condición inferior a los descendientes que reducen la participación del cónyuge hasta la cuarta parte de la herencia, como lo establece la parte final del artículo; que en el caso de autos debe observarse el artículo setecientos cuatro de ese cuerpo de leyes el cual establece que la legítima del cónyuge es una cuota igual a la de un heredero legal; y en el presente caso el hijo ilegítimo concurre a la herencia en ese carácter; mi voto es porque HAY NULIDAD en la sentencia de vista, y que reformándola se confirme la apelada que manda partir por partes iguales entre doña Carmen viuda de Lucero y don Bacílides Lucero la herencia causada por don Honorio Lucero.— Fuentes Aragón.— Se publicó.— Jorge Vega García.— Secretario.

Cuaderno No. 120.— Año 1949.— Procede de Lima.

R.J.P.— 1959; p. 781

HERENCIA LEGAL DEL CONYUGE.— Art. 770 del C.C.

XII,50) *El marido no tiene vocación hereditaria si su mujer ha fallecido antes del año de la celebración del matrimonio si no existe descendencia y aun cuando la causante hubiera concebido.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1289/58.— Procede de Huánuco.

Señor:

Doña Rosa María Malpartida contrajo matrimonio civil en la ciudad de Huancayo, el día 27 de febrero de 1954, con don Eladio Illatopa, según consta del certificado de matrimonio que corre a fs. 3 del acompañado y falleció el día 1o. de octubre del mismo año, de una afección renal (nefropatía), según se desprende del certificado de defunción que obra a fs. 2 del mismo expediente acompañado.

El cónyuge supérstite, don Eladio Illatopa, siguió el correspondiente procedimiento de declaratoria de herederos que culminó con la resolución de fs. 9. vta. del respectivo expediente, que ha venido como acompañado

también, que declara el fallecimiento intestado de doña Rosa María Cañamero de Malpartida y al cónyuge Eladio Illatopa.

Posteriormente, doña Antonia Cañamero de Malpartida inicia demanda contradictoria de aquella resolución, aduciendo que habiendo fallecido su hijo antes de un año de celebrado el matrimonio, sin haber dejado descendencia no procede la herencia del cónyuge por aplicación de lo dispuesto por el art. 770 del C.C.

El demandado niega la demanda aduciendo que, como fruto de las relaciones conyugales, nació una criatura, y que la madre falleció justamente, como consecuencia de una complicación que sobrevino al parto.

Abierto a prueba el juicio se ha actuado los medios probatorios ofrecidos por las partes, después de lo que, y previa vista del Agente Fiscal, el Juzgado pronuncia la sentencia de fs. 63 vta., que declara fundada la demanda, y, en consecuencia, como única heredera de doña Rosa María Malpartida de Illatopa, a su madre. Apelado el fallo, la Corte Superior de Huánuco, de conformidad con las conclusiones de la vista de su Fiscal, lo revoca, por conceptuar que la interpretación dada por el Juez al art. 770 del C.C. ha sido muy restringida, sosteniendo que es suficiente que exista concepción, aunque el hijo nazca sin vida, para que funcione la herencia legal del cónyuge.

La actora interpone recurso de nulidad.

Del certificado de defunción corriente a fs. 2 del acompañado, consta que doña Rosa María Malpartida de Illatopa falleció de una nefropatía, sin hacerse referencia en forma alguna a que su defunción se produjera como consecuencia del parto. En igual forma se indica en el certificado médico de fs. 13 vta. que sirvió de base para la inscripción de la defunción.

Producida la exhumación del cadáver, por orden judicial, se comprobó que en el ataud se encontraba el cadáver ya esquelético de doña Rosa María, así como el de una criatura "nacida a término", como lo manifiestan los peritos médicos que intervinieron en esa diligencia, en su dictamen de fs. 43, no habiéndose podido comprobar las causas de la muerte, dado el estado de descomposición avanzada de los cadáveres.

La prueba confesional y la testifical establecen que, efectivamente, doña Rosa María estuvo en estado grávido; y los testigos deponen en el sentido de que falleció al dar a luz, no habiendo pruebas de si la criatura nació con vida o no.

No se ha inscrito ni el nacimiento ni la defunción de la criatura en el Registro Civil.

El entroncamiento con la madre y el matrimonio con el demandado, están acreditados suficientemente con los certificados de fs. 1 y 3 del cuaderno acompañado referente al procedimiento no contencioso de declaratoria de herederos, seguido por la actora, y a fs. 15 del principal.

El art. 770 del C.C. que no tiene precedentes en otras legislaciones, tuvo como finalidad evitar los matrimonios "in extremis", celebrado por interés o por lucro. La condición establecida por dicho dispositivo legal para que antes del año de celebrado el matrimonio, funcione el derecho sucesorio en favor del cónyuge sobreviviente, estriba en que haya habido hijos.

Este Supremo Tribunal, ya ha sentado ejecutoria en casos de matrimonio, "in extremis" subsecuentes a estados de concubinato, en los que ha habido hijos, declarándose el derecho hereditario del cónyuge supérstite. Pero, en el caso de autos, la situación es diferente, ya que no hay hijos ni existe la prueba legal del nacimiento del hijo.

La Ley exige que el nacimiento sea inscrito en el Registro Civil, pues, la partida de nacimiento constituye la prueba de la realidad del nacimiento, es el instrumento que sirve para acreditar la existencia, filiación, etc., de la persona, así como la relación de familia; y sólo a base de la partida se puede ejercitar y transmitir derechos.

Si bien es cierto que el derecho sucesorio del padre no deriva del hijo, ya que de haberlo éste habría eliminado a la madre de la causante, o, de haber sobrevivido a la madre y luego fallecido habría trasmitido derechos sucesorios al padre, también lo es que el art. 770 del C.C. exige como requisito para que funcione el derecho hereditario del padre, la existencia de hijos. Y, en el presente caso no hay prueba legal de la existencia del hijo, ni de las condiciones en que pudo haber nacido, por falta de declaratoria y la correspondiente inscripción en el Registro Civil.

Por lo tanto, no habiéndose cumplido la condición exigida por el citado numeral del C.C. no procede declararse el derecho hereditario del cónyuge.

En mérito de las razones expuestas, opino porque se declare HABER NULIDAD en la recurrida y, modificándola, confirmar la de Primera Instancia, materia de la apelación, que declara fundada la demanda sobre contradicción de sentencia interpuesta por doña Antonia Cañamero de Malpartida, y a ésta como única heredera de su hija doña Rosa María

Malpartida de Illatopa.

Lima, diciembre 1o. de 1958.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diez de junio de mil novecientos cincuentinueve.

Vistos; por los fundamentos pertinentes del dictamen del Señor Fiscal declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ochentaisiete, su fecha treinta de setiembre de mil novecientos cincuentiocho, que revocando la apelada de fojas sesentitrés suelta, su fecha dos de enero del mismo año, declara infundada la demanda de fojas una interpuesta por doña Antonia Cañamero viuda de Malpartida contra don Eladio Illatopa, sobre contradicción de sentencia: reformando la recurrida: confirmaron la sentencia apelada que declara fundada la demanda; y en consecuencia, que la única heredera legal de doña María Rosa Cañamero de Illatopa es su madre doña Antonia Cañamero viuda de Malpartida: con lo demás que contiene la sentencia de primera instancia; y los devolvieron.— Sayán Alvarez.— Maguiña Suero.— Valdez Tudela.— García Rada.— Eguren.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

R. J. P.— 1954; p. 463

SUCESIONES.— La cónyuge excluye a los sobrinos del causante.

XII,51) *1.— Las partidas parroquiales tienen el carácter de instrumentos públicos con arreglo al Inc. 3o. del Art. 420 del C. de P.C. y con vigencia del C.C. de 1936, conforme al 2o. parágrafo del Art. 1827 del nuevo Código.*

2.— Es válido el matrimonio inscrito en los registros parroquiales bajo la vigencia del C.C. abrogado, aún cuando no se hubiera inscrito en los registros del Estado Civil, como lo ordenaba el Art. 443 de ese cuerpo de legislación; y la partida parroquial que comprueba esa inscripción es suficiente para otorgarle a la cónyuge supérstite calidad de heredera de su marido, excluyendo a los sobrinos de éste, quienes

acreditan su calidad de tales también con partidas parroquiales.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 826/52.– Procede de La Libertad.

Señor:

Don Raimundo Cruz Ullillén pide la declaratoria de herederos de su tío don Carmen de la Cruz Torres, fallecido, sin otorgar testamento en la ciudad de Trujillo el 18 de diciembre de 1951, según consta de la correspondiente partida de defunción que se acompaña a la demanda. Abierto el procedimiento y llenadas las formalidades del Art. 1214 del C.P.C. el juez expide resolución a fs. 14, declarando el fallecimiento intestado y como única heredera a doña Leonor Aponte como cónyuge sobreviviente, por haber acreditado su derecho con la partida parroquial, legalizada notarialmente, corriente a fs. 6. Interpuesta apelación por uno de los sobrinos del intestado, ya que éste no había dejado ni ascendientes ni descendientes, la Sala en lo Civil de la Corte Superior de La Libertad, revoca la anterior, separa a la viuda y considera como herederos a Raimundo y Teonila de la Cruz, sobrinos del causante y en mérito de las partidas parroquiales de bautismo de fs. 11 y 12. Ocurre, por recurso de nulidad la citada viuda.

Estimo que la recurrida no ha hecho una apreciación exacta de la prueba instrumental actuada, porque de un lado resta valor a la partida parroquial de matrimonio, para dárselo a las de bautismo, que son de la misma fuente, apoyándose en que la primera no fue inscrita en los Registros del Estado Civil, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 443 del C.C. derogado, ya que el matrimonio se verificó el 10 de febrero de 1930 ante el Párroco de Santa Lucía de Moche. Si los documentos presentados tienen el mismo origen, no existe razón para que entre ellos se establezca prioridad o distinción, para considerar a unos con fuerza legal y a otros sin ella, cuando todos son instrumentos públicos, tenidos como tales por el Inc. 3o. del Art. 400 del C.P.C. Si a la partida matrimonial le ha faltado el requisito de inscripción en los Registros del Estado Civil, que corren a cargo de las Municipalidades, esta omisión formalista no puede privar a nadie de su posesión de estado, adquirda por título legítimo. No se puede sacrificar el fondo por la forma. Bien sabido es que los Registros en referencia no

estuvieron debidamente organizados en muchos lugares de la República y de un modo particular en distritos, como el que fue teatro del matrimonio, que se pretende desconocer, y en muchos de ellos aun no existieron. Su reorganización comienza a raíz de la creación del matrimonio civil y toma carácter serio con la vigencia del C.C. de 1936. De manera que el precepto legal citado de inscripción fue letra muerta, no se hizo conocer oportunamente sus alcances y la misma jurisprudencia de los Tribunales reconoció estos hechos; y es por esto que consagró la doctrina legal de conservar su eficacia en muchos casos de sucesión. El nuevo C.C. en su Art. 1827 establece este principio. Además, la partida matrimonial no ha sido tachada de nula o falsa. Por el contrario, su autencidad está corroborada con la partida de bautismo de fs. 8 del causante, por la analogía en los datos que contiene. Y como la esposa sobreviviente excluye a los herederos colaterales —los sobrinos en este caso— que no han presentado la partida de matrimonio de sus abuelos debe ser tenida como única, como lo ha declarado la resolución de primera instancia.

Por lo expuesto, opino, que HAY NULIDAD en la recurrida; reformándola, procede a confirmar la apelada de fs. 14, en todas sus partes.

Lima, 25 de noviembre de 1952.

Febres

RESOLUCION SUPREMA

Vistos; por los fundamentos pertinentes del dictamen del Señor Fiscal declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista, de fojas veinticinco, su fecha veintisiete de agosto de mil novecientos cincuentidós, reformándola: confirmaron la de Primera Instancia de fojas catorce, su fecha catorce de julio del mismo año que declara el fallecimiento intestado de don Carmen de la Cruz Torres y como su heredera a la cónyuge supérstite doña Leonor Aponte viuda de la Cruz; y los devolvieron.— Sayán Alvarez.— Maguiña Suero.— Serpa.— Tello Velez.— Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

Mi voto, con lo expuesto por el Señor Fiscal y por los fundamentos de la resolución recurrida es porque se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista que revocando la apelada declara como herederos de don Carmen de la Cruz Torres a sus sobrinos don Raymundo y doña Teonila de la Cruz; con lo demás que contiene.— Valverde.— Se publicó.— Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

XII,52) *El cónyuge excluye en la herencia a los sobrinos, cuando éstos concurren por su propio derecho.*

Recurso de nulidad interpuesto por Teodosio Yataco, en la causa que sigue con doña Viviana Yataco sobre declaratoria de herederos.– Procede de Ica.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Viviana Yataco viuda de Yataco, solicita se declare el fallecimiento intestado del que fue su esposo, Manuel Yataco Sebastián, y a ella como a su única heredera; y abierto el procedimiento, dentro de él, se han apersonado, Teodosio Félix Yataco y María Eleodora de la Cruz de Magallanes, que con el título de sobrinos del extinto, pretenden también heredarlo; y llenados los trámites de ley, se oye al Agente Fiscal y se sentencia a fs. 19 vta., declarando que Yataco Sebastián ha fallecido intestado y como su única heredera a su viuda. Apelada esa sentencia por Teodosio Félix, después de subsanada la falta a que se refiere el auto Superior de fs. 28, se concede la apelación a fs. 38, se confirma la sentencia, a fs. 39, originando recurso de nulidad de Félix, de fs. 41, concedido por auto de su vuelta.

La resolución recurrida está arreglada a ley: se trata de declarar quienes son los herederos de una persona que no ha dejado hermanos, ni ascendientes ni descendientes; y como los sobrinos sólo heredan, en concurrencia con sus tíos, sobrevivientes al fallecido, y en representación de sus padres, por lo dispuesto en el artículo 680 del C.C. es evidente que en el caso de autos, estando al mérito de las partidas presentadas, los que se dice ser hermanos del intestado fallecieron antes que él, y por consiguiente, los solicitantes, no pueden alegar derecho a heredar como sobrinos; ya que conforme al artículo 760 del mismo Código, la viuda es heredera del cuarto orden, y los parientes colaterales del tercero y cuarto grado, entran en el quinto y sexto orden. No existiendo ni ascendientes, ni hermanos, la herencia pertenece al cónyuge, conforme lo dispone, de una manera precisa, el artículo 769 del mismo cuerpo de leyes; y frente a estos dispositivos del Código Civil, la pretensión de

Teodosio Félix Yataco, único que recurre de la sentencia de vista, no tiene consistencia legal, y es insostenible: y en consecuencia, opina este Ministerio, que NO HAY NULIDAD en la Resolución Superior, que ampara únicamente los derechos de la viuda.

Lima, setiembre 18 de 1942.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, octubre 2 de 1942.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 39, su fecha 4 de julio de 1942, que confirmando la de Primera Instancia de fs. 19 vta., su fecha 15 de diciembre de 1941, declara que doña Viviana Yataco viuda de Yataco es heredera universal de su cónyuge don Manuel Yataco Sebastián; condenaron en la multa de 200 soles y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Valdivia.– Portocarrero.– Ballón.– Pastor.– Benavides Canseco.

Se publicó conforme a ley. A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 900.– Año 1942.

ANALES JUDICIALES.– 1967; p. 15

XII,53) *No procede reconocer vocación hereditaria a la esposa putativa, cuando sobrevive la esposa legítima.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Fallecido don Rogelio Cuba Sánchez el 2 de octubre de 1963, por resolución consentida del Juez de la Instancia de Trujillo de 30 de diciembre del mismo año se declaró sus herederos a su cónyuge doña Rosa Hermosina Lihón y a su hijo legitimado don Francisco Rogelio Cuba Romero, dejándose a salvo el derecho de doña Zunilda Antonia Romero esposa putativa del causante, y madre de su mencionado hijo Francisco Rogelio.

Doña Rosa Hermosina Lihón de Cuba entabla la presente acción ordinaria contradiciendo la citada declaratoria de herederos en cuanto atribuye la condición de legitimado al hijo del causante Francisco Cuba Romero, reconviniendo el Dr. Alfonso Iturre como apoderado de éste y de su madre doña Zunilda Romero, también para contradecir la declaratoria de herederos, para que se considere como herederos solamente a la esposa putativa doña Zunilda Romero y al hijo legitimado don Francisco Rogelio Cuba Romero, sosteniendo que la primera esposa perdió derecho a la herencia al demandar su divorcio según expediente que se indica.

El expediente de divorcio que corre agregado fue planteado efectivamente por doña Hermosina Lihón de Cuba en mayo de 1939, pero no llegó a sentenciarse abandonándose de hecho en diciembre del mismo año. Por lo tanto al fallecer don Rogelio Cuba subsistía su matrimonio y su cónyuge tiene derecho a heredarlo de acuerdo con el art. 760 del C.C.

También es indiscutible el derecho del hijo del causante Francisco Rogelio Cuba Romero para participar de la herencia como hijo legitimado, ya que de acuerdo con la segunda parte del art. 157 del C.C. la nulidad del matrimonio, aun en caso de bigamia, no afecta a los hijos, de modo que la legitimación causada por el matrimonio se mantiene aún después de declarada su nulidad. Por lo demás el art. 317 atribuye a los hijos legitimados del subsiguiente matrimonio los mismos derechos que los legítimos.

Al haber consentido los reconvinientes en la sentencia de vista de fs. 128, la controversia se reduce a establecer si la esposa putativa tiene o no derecho a participar en la herencia. La demandante ha tratado de probar que hubo mala fe por parte de aquélla al contraer matrimonio con Francisco Cuba, ya que celebran el matrimonio el 27 de setiembre de 1958, muchos años después del nacimiento de su hijo Francisco que ocurrió el 30 de diciembre del 1934, pero la prueba testimonial que ha actuado para demostrar el conocimiento del impedimento no produce esa convicción. Por su parte la esposa putativa para demostrar su buena fe presenta los instrumentos de fs. 35 —inscripción en el Registros Electoral— y de fs. 48 —ficha personal del Ministerio de Educación Pública—, los cuales prueban que la demandante ocultaba su estado de casada, registrándose como soltera, en tan trascendentes ocasiones.

La ley en el art. 157 ni presume la buena fe ni supone mala fe en caso de un matrimonio con bígamo. La publicidad que se da hoy a la celebración

del matrimonio y su realización pública, artículos 101 y siguientes del C.C. permiten afirmar la presunción de buena fe, al no producirse oposición.

Sin embargo, aunque se admita la buena fe de la esposa putativa y por lo tanto el derecho a gozar de los efectos civiles del matrimonio, no cabe reconocerle vocación hereditaria cuando, como en este caso, sobrevive y hereda la esposa legítima, a cuyas expensas funcionaría el derecho de herencia de la esposa putativa. El régimen de la herencia legal está orgánicamente regulado en el Código Civil a base del principio de que en la herencia de una persona casada sólo puede participar como cónyuge sobreviviente una sola persona y por lo tanto la norma del art. 157 no puede tener el alcance de romper esa sistemática.

La sentencia de 1a. Instancia de fs. 106 ha resuelto acertadamente este juicio, amparando la demanda en cuanto persigue la declaración de nulidad del segundo matrimonio y denegándola en cuanto contradice la declaratoria de herederos y en lo que respecta a la reconvención declarándola totalmente infundada en cuanto a la pretensión de dar participación en la herencia a la esposa putativa.

Al ser apelado el fallo por las dos partes la Corte Superior de La Libertad por resolución de fs. 128 lo confirma en cuanto declara fundada la demanda de nulidad del matrimonio e infundada la contradicción de la declaratoria de herederos y apoyándose en la tesis contenida en la Ejecutoria Suprema de 20 de julio de 1940 la revoca en la parte que excluye de la herencia a doña Zunilda Romero, a quien declara también heredera de don Rogelio Cuba junto con la primera esposa y el hijo legitimado.

La Ejecutoria que invoca la resolución de vista no puede ser aplicada al caso de autos, pues según aparece de la relación de antecedentes contenida en los fallos inferiores, al fallecer el bígamo no existía ya la primera esposa.

Por las consideraciones expuestas procede resolver que HAY NULIDAD en la sentencia de vista en cuanto revocando la apelada declara que la esposa putativa doña Zunilda Romero es también heredera de don Rogelio Cuba, y reformándola en ese punto declarar que ésta no participa en la herencia y que NO HAY NULIDAD en lo demás de la sentencia impugnada.

Lima, 27 de diciembre de 1966.

Navarro Irvine.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de Marzo de mil novecientos sesenta y siete.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Público declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento veintiocho, su fecha treinta de setiembre de mil novecientos sesenta y seis en cuanto revocando la apelada de fojas ciento seis, su fecha veintinueve de setiembre de mil novecientos sesenta y cinco, declara fundada en parte la reconvención formulada a fojas once por don Francisco Cuba Romero y otra, en los seguidos con doña Rosa Lihón de Cuba, sobre contradicción de sentencia; y en consecuencia, que doña Zunilda Romero es heredera de don Rogelio Cuba, en concurrencia con los demás herederos declarados; REFORMANDOLA en este extremo: confirmaron la de primera Instancia que declara infundada dicha reconvención; declararon no haber nulidad en lo demás que contiene y los devolvieron.— Maguiña Suero.— Vivanco Mujica.— Peral.— Carranza.— Vasquez de Velasco.— Se publicó.— Lizandro Tudela Valderrama.— Secretario.

Cuaderno No. 814.— Año 1966.— Procede de La Libertad.

ANALES JUDICIALES.— 1951; p. 20

XII,54) *Los gananciales no privan al cónyuge de la herencia que le corresponde en concurrencia con los padres de conformidad con el art. 767 del C.C.*

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, trece de junio de mil novecientos cuarentinueve.

Vistos; con el pedido de declaratoria de herederos, que se devolverá y con los cuadernos de inventarios y administración de bienes comunes, que se separarán; resulta de autos; a fojas una doña Juana Pinasco de Converso interpone demanda ordinaria de división y partición contra doña Domitila Dall'Orto viuda de Converso, indicando los bienes que son materia de la partición, su título, que emana de la declaración de herederos, que se tiene a la vista, y la proporción en que deben dividirse los bienes, o sea el cincuenta

por ciento de los bienes que quedaron al fallecimiento del señor Pedro Converso el causante, en calidad de gananciales, por tratarse de bienes comunes, para la actora, y sobre el otro cincuenta por ciento, que es herencia, un veinticinco por ciento para la demandante y el veinticinco por ciento restante para la demandada, en aplicación de lo que dispone el artículo setecientos sesentisiete del Código Civil.— Corrido traslado de la demanda, doña Clemencia Alicia Converso, quien sigue juicio de filiación, manifiesta que mientras no se declare su derecho se abstendrá de participar en el proceso, por lo que su posición no debe ser considerada ni es, por su propia exposición, preciso tener a la vista dicho cuaderno de filiación; a fojas cinco, contesta la demanda doña Domitila Dall'Orto de Converso, admitiendo que el título de que emana el derecho es conforme, y lo constituye la declaración de herederos ya citada; que los bienes que ha dejado el de cujus tienen la calidad de comunes, y que dichos bienes son los que se indica y constan del cuaderno de inventarios que se tiene a la vista; discrepando únicamente en cuanto a la proporción en que deben dividirse, pues cree aplicable el artículo setecientos cuatro del Código Civil; o sea que por tener gananciales en la proporción establecida en dicho artículo la actora ha perdido el derecho a la legítima; seguida la causa por los trámites que a su naturaleza corresponde, se halla en estado de sentencia; y CONSIDERANDO: que constituyendo la demanda y su contestación las piezas del proceso que fijan los límites de la controversia, el juicio ha adquirido una fisonomía de discusión de puro derecho y que no obstante la simplicidad de su enunciado, importa una cuestión doctrinaria debatida ardorosamente o sea si el artículo setecientos cuatro del Código Civil, instalado en el título de la sucesión testamentaria, tiene aplicación en la herencia legal, y destruye la provisión precisa del artículo setecientos sesentisiete del mismo Código, que es la aplicable para el caso sub-litis; que el Juzgado no puede admitir la tesis de la contestación a la demanda de que las "situaciones de gananciales y herencia son inconciliables y no pueden acumularse", porque precisamene en la doctrina y en la ley son derechos que pueden hacerse valer acumulativamente, no sólo por la naturaleza diversa de los institutos de los gananciales y de herencia, que corresponden a conceptos totalmente distintos, sino porque así lo determina la ley; que la aparente dificultad reposa en haberse admitido, algunas veces, la opinión de que el artículo setecientos sesenticinco del Código Civil, circunscrito a la situación que él establece, debe tenerse como regla de carácter general para los artículos

que le siguen fundándose en que dichos artículos forman una serie de concatenación ordenada y lógica, estableciendo los diversos casos de concurrencia del cónyuge con herederos legales; que los artículos de un título y de un Código tienen necesariamente que ser una serie de concatenación ordenada y lógica, pero de tal premisa no puede inferirse que un artículo trasladado del título de herencia testamentaria al de la legal, para una situación precisa, y por las razones que se examinará, haya de regir como principio general para los dispositivos que le siguen, porque tal tesis está en contra de todas las doctrinas de interpretación legal; que si el pensamiento del legislador hubiera sido que el artículo setecientos cuatro rigiera todo ese linaje de situaciones, lo hubiera instalado en la sección de "la sucesión en general"; que por razones de desenvolvimiento histórico, innecesarias de consignar en el fallo, el cónyuge, postergado en el Código del año de mil ochocientos cincuentidós, adquirió en el vigente derechos de singular relieve, que se explican aunque sólo fuera por la consideración de que entre uno y otro ordenamiento legal medió un espacio de ochenticuatro años, que en la evolución del derecho representó nuevos modos de concebir las relaciones familiares y los intereses sucesorios; que en tal orden de ideas, el Código vigente dio al cónyuge la situación excepcional de concurrir, en la herencia legal, con los herederos de los tres primeros órdens, y en defecto de ellos, como heredero exclusivo, o sea que la letra y el espíritu de la ley son claros en el sentido de procurar para el cónyuge sus posibilidades de heredero, en todo caso, salvo las situaciones de desheredación o pérdida de derechos, asunto de que no se trata en este juicio; que tratándose de los hijos, era explicable que se limitase la posibilidad hereditaria del cónyuge supérstite, no sólo por la consideración de que no hay nada más cerca que los hijos del afecto de los padres, sino porque en el hecho de la reunión física, o en la esfera del afecto y del entendimiento familiar, cónyuge supérstite e hijos continúan formando el núcleo de la familia; que no tenía ni tiene porque entenderse lo mismo para los otros casos de la herencia legal, cuando se trata de sucesores que lo son tales en razón del vínculo de la sangre, pero que no conservan, muchas veces, la aproximación real y afectiva con el de cujus, y que en otras hacen valer un derecho respecto de un patrimonio que no concurrieron a formar, por lo menos en los amplios términos en que lo hacen los cónyuges; que perteneciendo los gananciales al cónyuge supérstite, por derecho propio e independiente, regulado por otras disposiciones de la ley civil, artículos

doscientos dos y siguientes, y no constituyendo herencia ni liberalidad que es cosa distinta, no se ve cual sea la razón para sostener que gananciales y herencia son situaciones inconciliables e inacumulables, pues del texto de la ley fluye todo lo contrario; que por las consideraciones que antedecen, tampoco puede admitirse la tesis expuesta en la contestación a la demanda, y reafirmada en el alegato de la misma parte, de que la no aplicación del artículo setecientos cuatro del Código Civil al caso de autos, supone la violación del artículo veintiuno del Título Preliminar del Código Civil, cuando el razonamiento es reversible y más bien sería violación a dicho título preliminar aplicar el referido artículo setecientos cuatro, cuando el que claramente rige es el setecientos sesentisiete, pretendiéndose una trasposición, que la ley no autoriza de disposiciones que privativamente rigen la herencia testamentaria, a la herencia legal, con olvido de la naturaleza distinta de ambos regímenes de suceder; que finalmente, cabe razonar que si en la herencia testamentaria, el testador a más de los gananciales que son intangibles podría dejar a su cónyuge la cuota de libre disposición, sería injusto admitir que en la herencia legal, en que la ley sustituye la voluntad del causante que no tuvo tiempo u oportunidad de manifestarse, restringiera los derechos del cónyuge supérstite, que tienen, como ya se lleva dicho y no sólo en el título de la sucesión sino en todo el Código, una situación preponderante y privilegiada; por todas estas consideraciones; FALLO: declarando fundada en todas sus partes la demanda de fojas una y en consecuencia que los bienes dejados por don Pedro Converso, que se detallan en el escrito de demanda y que se puntualizan en el respectivo cuaderno de inventarios, deben dividirse en la forma siguiente; el cincuenta por ciento para la cónyuge supérstite, la demandante, doña Juana Pinasco de Converso en condición de gananciales; y el cincuenta por ciento restante, el veinticinco por ciento para la misma demandante, en calidad de herencia, y el veinticinco por ciento restante para la demandada doña Domitila Dall'Orto viuda de Converso, en condición de madre del de cujus; sin derecho alguno a doña Clemencia Alicia Converso, por carecer de título de sucesora; sin costas.— José Merino Reyna. Manuel Yuen.— Actuario.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPERIOR

Lima, agosto siete de mil novecientos cincuenta.

Vistos; con los acompañados y los pedidos que se devolverán, y

considerando: que el artículo setecientos cuatro del Código Civil, sin hacer distinción entre herencia forzosa y herencia legal, establece como regla, que la legítima del cónyuge, es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal; pero que ésta la perderá si sus gananciales llegan o exceden del monto de la cuota, y se reducirá hasta lo que sea preciso si los gananciales fuesen menores; que el monto de esa legítima o cuota hereditaria del cónyuge, o sea su participación en la herencia, varía según las personas con quienes concurre a la herencia dentro del orden de la sucesión legal de acuerdo con los artículos setecientos sesenticinco a setecientos sesentiocho del propio Código; pero sin dejar de observarse el dispositivo regla del mencionado artículo setecientos cuatro, pues, el propósito de la ley tratándose de la herencia conyugal, ha sido el de no privar al cónyuge del bienestar económico que venía disfrutando dentro del matrimonio, sin despojar tampoco a los otros herederos legales de una parte de los bienes propios de su causante que vendría a beneficiar al cónyuge sobreviviente, cuyo bienestar esté ya asegurado mediante los gananciales; y a que por lo expuesto y constituyendo la herencia cuya partición motiva el presente juicio, bienes comunes, de los cuales el cincuenta por ciento corresponde a la viuda doña Juana Pinasco, por gananciales, ha perdido todo derecho al otro cincuenta por ciento que pertenece a doña Domitila Dall'Orto viuda de Converso como madre y heredera de don Pedro Converso Dall'Orto: REVOCARON la sentencia de fojas treinta su fecha trece de junio del año último, que declara fundada la demanda en todas sus partes, la que declararon fundada sólo en parte y en consecuencia que el cincuenta por ciento de los bienes que se detallan en la demanda pertenece a doña Juana Pinasco viuda de Converso como gananciales y el otro cincuenta por ciento corresponde íntegramente a doña Domitila Dall'Orto viuda de Converso madre del de cujus, cuya partición se verificará por peritos con arreglo a ley; la confirmaron en lo demás que contiene; y los devolvieron.— Cancino.— Ramírez.— Bueno de la Fuente.

Se publicó conforme a ley.

J. Sánchez Buitrón.— Secretario.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Pedro Converso falleció el 20 de agosto de 1947, sin otorgar

testamento, siendo declaradas herederas su cónyuge sobreviviente doña Juana Pinasco viuda de Converso y su madre doña Domitila Dall'Orto viuda de Converso, según aparece del expediente que se tiene a la vista.

Doña Juana Pinasco viuda de Converso ha demandado la partición de los bienes dejados por su esposo don Pedro Converso Dall'Orto, en la siguiente proporción: el 50°/o para la actora por concepto de gananciales; el 25°/o como heredera, y el otro 25°/o para la madre de su cónyuge.

Tramitada la causa, el Juzgado de Primera Instancia en la sentencia de fs. 30 declaró fundada la demanda y que los bienes causados deben partirse en la proporción indicada por la actora. La Corte Superior a fs. 63 ha revocado en parte dicha sentencia, resolviendo que la partición debe verificarse en un 50°/o para la demandante como gananciales, y el otro 50°/o para la madre del de cujus.— La demandante trae recurso de nulidad.

Como se ve se trata de la aplicación del artículo 704 del C.C. en función con el artículo 767 del mismo Código.

Ya está establecido por reiteradas Ejecutorias Supremas que el artículo 704 del C.C. tiene carácter general y se aplica, por consiguiente, en los casos de herencia testamentaria o legal.

Es decir, que si el cónyuge sobreviviente tiene gananciales que llegan o exceden a la cuota que le correspondería como heredero legal, pierde ésta.

En el caso de autos, igualando la cuota de la actora a los gananciales, ha perdido aquélla. La partición debe hacerse en la forma que ha resuelto la Corte Superior.

Opino que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 25 de noviembre de 1950.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dieciséis de mayo de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que no habiendo otros bienes divisibles que los gananciales de éstos el cincuenta por ciento pertenece a la cónyuge supérstite, y la otra mitad es divisible en partes iguales entre la viuda doña Juana Pinasco viuda de Converso y la madre del causante, conforme a lo dispuesto en el artículo setecientos sesentisiete del Código Civil: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas

sesentitrés, su fecha siete de agosto del año último, que revocando la de primera instancia de fojas treinta, su fecha trece de julio de mil novecientos cuarentinueve, declara fundada en parte la demanda de fojas una, y que el cincuenta por ciento de los bienes dejados por don Pedro Converso Dall'Orto pertenece a doña Juana Pinasco viuda de Converso como gananciales, y el otro cincuenta por ciento corresponde a doña Domitila Dall'Orto viuda de Converso, madre del de cujus; reformándola; confirmaron la de primera instancia que declara fundada en todas sus partes dicha demanda y que los bienes dejados por el causante, deben dividirse en la siguiente forma: el cincuenta por ciento para la cónyuge supérstite, doña Juana Pinasco de Converso en concepto de gananciales; y del cincuenta por ciento restante, el veinticinco por ciento para la misma demandante, en calidad de herencia y el otro veinticinco por ciento para doña Domitila Dall'Orto viuda de Converso; partición que se verificará por peritos con arreglo a ley; declararon NO HABER NULIDAD en la misma sentencia de vista, en la parte que declara sin derecho alguno a doña Clemencia Alicia Converso, por carecer de título; sin costas; y los devolvieron.— Zavala Loaiza.— Frisancho.— Láinez Lozada.— Eguiguren.

Francisco Velasco Gallo.— Secretario.

Nuestro voto, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, es porque se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista, que revocando la de primera instancia, declara que los bienes materia de la partición, deben repartirse en la proporción del cincuenta por ciento para doña Juana Pinasco viuda de Converso, en concepto de gananciales, y el otro cincuenta por ciento para doña Domitila Dall'Orto, como herencia. — Noriega.— Cox.

Se publica conforme a ley.

Francisco Velasco Gallo.— Secretario.

Exp. 942/50.— Procede de Lima.

R.J.P.— 1954; p. 1841

HERENCIA.— Del cónyuge

XII,55) *1.— En el procedimiento no contencioso de declaratoria de herederos no puede ser declarada heredera de su marido la mujer de quien contrajo un primer matrimonio, porque debe*

sesentitrés, su fecha siete de agosto del año último, que revocando la de primera instancia de fojas treinta, su fecha trece de julio de mil novecientos cuarentinueve, declara fundada en parte la demanda de fojas una, y que el cincuenta por ciento de los bienes dejados por don Pedro Converso Dall'Orto pertenece a doña Juana Pinasco viuda de Converso como gananciales, y el otro cincuenta por ciento corresponde a doña Domitila Dall'Orto viuda de Converso, madre del de cujus; reformándola; confirmaron la de primera instancia que declara fundada en todas sus partes dicha demanda y que los bienes dejados por el causante, deben dividirse en la siguiente forma: el cincuenta por ciento para la cónyuge supérstite, doña Juana Pinasco de Converso en concepto de gananciales; y del cincuenta por ciento restante, el veinticinco por ciento para la misma demandante, en calidad de herencia y el otro veinticinco por ciento para doña Domitila Dall'Orto viuda de Converso; partición que se verificará por peritos con arreglo a ley; declararon NO HABER NULIDAD en la misma sentencia de vista, en la parte que declara sin derecho alguno a doña Clemencia Alicia Converso, por carecer de título; sin costas; y los devolvieron.— Zavala Loaiza.— Frisancho.— Láinez Lozada.— Eguiguren.

Francisco Velasco Gallo.— Secretario.

Nuestro voto, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, es porque se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista, que revocando la de primera instancia, declara que los bienes materia de la partición, deben repartirse en la proporción del cincuenta por ciento para doña Juana Pinasco viuda de Converso, en concepto de gananciales, y el otro cincuenta por ciento para doña Domitila Dall'Orto, como herencia. — Noriega.— Cox.

Se publica conforme a ley.

Francisco Velasco Gallo.— Secretario.

Exp. 942/50.— Procede de Lima.

R.J.P.— 1954; p. 1841
HERENCIA.— Del cónyuge

XII,55) *1.— En el procedimiento no contencioso de declaratoria de herederos no puede ser declarada heredera de su marido la mujer de quien contrajo un primer matrimonio, porque debe*

demostrar que contrajo la unión de buena fe.
2.– Los hijos habidos en un segundo matrimonio no tienen el carácter de hijos legítimos del bígamo.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 566/54.–Procede de Cuzco.

Señor:

Solicitada judicialmente la declaratoria de herederos de don Lucas Ruiz Calle, fallecido el 3 de marzo de 1951, según certificado de fs. una, llenados los trámites y ofrecidas las documentales del caso, se pronuncia sentencia a fs. 39 v., declarando el fallecimiento intestado y por sus herederos a sus hijos legítimos Antolín, Dominga, Constantina y Natalia Ruiz Montoya y a la cónyuge sobreviviente doña Marcelina Montoya viuda de Ruiz, y como hijos ilegítimos, a Mario Rodolfo, Leopoldo, Laura Leonor, Tomasa, Luz Marina, Fidel Emeterio y León Washington Ruiz Mena y sin lugar la pretensión de doña Leonor Mena a participar de la herencia, con el título de esposa del causante. Al ser apelada, la Superior del Cuzco de acuerdo con el dictamen de su Fiscal, revoca la anterior en cuanto considera como universales sucesores a los hijos legítimos y a la viuda, madre de éstos, y a los hijos ilegítimos; excluye a la citada viuda, y declara con iguales derechos de sucesión a los doce hijos y sin derecho a las dos tituladas cónyuges. Interpone recurso de nulidad doña Leonor Mena.

El certificado matrimonial de fs. 12 demuestra que Lucas Ruiz contrajo primer matrimonio con doña Marcelina Montoya, el 8 de febrero de 1924, que aunque canónico, tiene valor conforme al inc. 3o. del art. 400 del C.P.C. Los hijos de este matrimonio, los cinco nominados anteriormente, están en la condición de legítimos, ya que la unión de los padres se realizó con las formalidades establecidas por el art. 156 del C.C. derogado. La madre de éstos, como cónyuge supérstite es heredera de su marido aún cuando sólo hubiera contraído matrimonio religioso, puesto que el acto se celebró bajo la vigencia del C.C. del 52, aunque no se hubiera inscrito en los RR. del E. C.

Si el mismo sujeto contrajo posterior matrimonio –civil-religioso– como consta de las partidas de fs. 18 y 19, condoña Leonor Mena, en quien hubo los otros siete hijos, éstos no pueden ser tenidos como legítimos, y con iguales derechos a los anteriores, ni la madre podría ser tenida como esposa,

porque quien es cónyuge de un hombre casado anteriormente no puede ser declarada heredera de éste, en el procedimiento no contenicoso de declaración de herederos, ya que debe demostrarse en la vía ordinaria que contrajo matrimonio con el bígamo de buena fe.

Por estas consideraciones, estimo que la sentencia de primera instancia está en la verdad, no así la recurrida, cuyos fundamentos carecen de legalidad.

Opino, por lo tanto, que si la Sala participa de la opinión de su Fiscal, podrá servirse declarar , que HAY NULIDAD en la de vista, en la parte revocatoria de la apelada; reformando la primera, confirmando la segunda, en todos sus extremos.

Lima, 19 de agosto de 1954

Febres

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dieciocho de setiembre de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesenta vuelta, su fecha veintinueve de setiembre de mil novecientos cincuentitrés y reformándola confirmaron la de Primera Instancia de fojas treintinueve vuelta su fecha treinta de diciembre de mil novecientos cincuentidós que declara como herederos de don Lucas Ruiz Calle a su cónyuge doña Marcelina Montoya, a sus hijos legítimos Antolín, Dominga, Constantina, Ascencia y Natalia Ruiz Montoya y en su condición de ilegítimos a Mario Rodolfo, Leopoldo, Laura Leonor, Tomasa, Luz Marina, Fidel Emeterio y León Washington Ruiz Mena; con lo demás que esta sentencia contiene; y los devolvieron.— Sayán Alvarez.— Maguiña Suero.— Valverde.— Lengua.— Ramírez.— Se publicó.— Dagoberto Ojeda del Arco. Secretario.

R. J. P.— 1953; p. 1280

HERENCIA DEL CONYUGE.— Concurrencia con hermanos y sobrinos del esposo

XII,56) *Si el cónyuge hereda en concurrencia con hermanos del cónyuge premuerto y sobrinos de este, le corresponde no sólo*

el 50 por ciento por derecho de gananciales, sino también la mitad de la herencia, o sea en total el 75 por ciento de los bienes fincados al fallecimiento del de cujus.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 578/51.– Procede de Lambayeque.

Señor: Don Manuel L. Bonilla Paz falleció sin otorgar testamento, siendo declarados herederos su viuda doña Inés Mora viuda de Bonilla y sus hermanos doña Mercedes Bonilla Paz y don Juan José de la Rosa Bonilla Paz, así como diversos sobrinos del causante en representación estos últimos de sus padres premuertos, todos los que han sido nominados en la sentencia de fs. 62, ampliada a fs. 66 y 69 del procedimiento no contencioso que tengo a la vista.

Demandada la partición de los bienes dejados por el causante común, la que ha sido contradicha en lo que respecta a la proporción en que deben dividirse los bienes, el Juzgado de Primera Instancia ha pronunciado la sentencia de fs. 273 que declara que corresponde a la viuda doña Inés Mora vda. de Bonilla el 50o/o por concepto de gananciales, y que del otro 50o/o, corresponde la mitad a la referida viuda y la otra mitad a los hermanos y sobrinos del intestado en forma proporcional. Esta sentencia ha sido confirmada por la vista de fs. 327, de la que recurre don Pedro I. Bonilla, sobrino del intestado.

Se trata de otro caso de herencia intestada, en que el causante deja viuda y hermanos y sobrinos en representación de sus hermanos premuertos, y en que se discute la aplicación del art. 704 del C.C. o del art. 768 del mismo Código.

El art. 704 establece que la legítima del cónyuge es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal, pero la perderá si sus gananciales llegan o exceden al monto de la cuota, y ésta se reducirá hasta lo preciso si los gananciales fuesen menores.

Esta disposición legal norma la sucesión testamentaria. Se aplica a la sucesión intestada sólo en el caso del art. 765 del mismo Código, o sea cuando el causante, que no ha otorgado testamento, deja hijos u otros descendientes, en cuyo caso el cónyuge hereda una parte igual a la de un hijo legítimo, "observándose la regla del artículo 704o.".

El art. 768o. dispone que la porción del cónyuge es igual a la mitad de la herencia, si hay ascendientes solos, o con hermanos, a éstos solos. La situación contemplada en este dispositivo no permite que funcione en este caso la regla del art. 704 ya citada.

La proporción que corresponde en la herencia al cónyuge sobreviviente, es independiente de la que le toca por gananciales, que le corresponden por derecho propio.

Por lo expuesto, opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 31 de diciembre de 1951.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dieciséis de junio de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas trescientas veintisiete, su fecha treinta de junio de mil novecientos cincuentiuno, que confirmando la apelada de fojas doscientas setentitrés, su fecha catorce de enero de mil novecientos cincuenta, declara fundadas en parte la demanda de fojas una y la reconvención de fojas treintinueve y, en consecuencia, que de los bienes dejados por don Manuel F. Bonilla corresponde el cincuenta por ciento a su viuda Inés Mora y que el resto que constituye herencia debe dividirse en dos partes, una para la nombrada cónyuge y otra para los demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y enla multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Eguiguren.– Sayán Alvarez.– Garmendia.– Valverde.

Se publicó.– Dagoberto Ojeda del Arco. Secretario.

ANALES JUDICIALES.– 1965; p. 19

XII,57) ***La porción hereditaria de la cónyuge que concurre a la herencia con una hija ilegítima del causante, es igual a los dos tercios de la masa hereditaria, aparte del 50o/o que le corresponde por gananciales.***

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Da. Gaby Cuba de Philipps ha interpuesto demanda contra Da. María Violeta Ponce de León de Bazán, para que se divida la herencia de D. Rafael Ponce de León, cuyos herederos, declarados judicialmente, son la que fue Da. María Gabina Cuba Howard de Ponce de León, como cónyuge sobreviviente y que hoy representa sus derechos, como heredera, la actora y la demandada, como hija legítima.

Las partes están de acuerdo en los bienes materia de la partición y en las cargas de la herencia, que deben deducirse

El fondo de la controversia radica en saber cuál es la proporción que corresponde a cada una de las partes.

Todos los bienes son comunes. Corresponde, como es de ley, el 50°/o a la viuda, por concepto de gananciales.

Sostiene la demandante que el otro 50°/o que corresponde a D. Rafael Ponce de León y que constituye la herencia, debe dividirse en la siguiente proporción: 2/3 para la viuda y la tercera parte para la hija ilegítima, la demandada, que conforme a la regla del art. 762 del C.C. hereda la mitad de lo que corresponde a un hijo ilegítimo; y la cónyuge según Art. 765 hereda como un hijo legítimo.

Según la demandada en el 50°/o de los bienes de la sociedad conyugal, sólo participa ella, porque el Art. 704 del C.C. establece que se pierde el derecho de heredar, cuando los gananciales del cónyuge llegan o exceden al monto de la cuota. Que, por lo tanto, la viuda no puede participar en el 50°/o que corresponde como gananciales al que fue su padre D. Rafael Ponce de León.

La sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, ha amparado la tesis de la demandada, ordenando que los bienes de la sociedad conyugal Ponce de León-Cuba Howard, se dividan en dos partes: una para la demandante, como heredera de su madre; y la otra para la demandada, sin participación de la viuda o, en este caso, de la hija, la actora.

Este Ministerio participa del criterio que informa la ejecutoria de la Corte Suprema de 30 de Noviembre de 1960, cuaderno 1151/59. La pérdida de la legítima del cónyuge prevista en el Art. 704 del C.C. solo funciona en el caso de que concurran a la herencia el cónyuge supérstite y el hijo legítimo;

pero no como en el presente caso, en que es un hijo ilegítimo quien pretende la herencia. En este caso la viuda, por el derecho que le reconoce el Art. 765 del C.C. tiene derecho fuera de sus gananciales, a las dos terceras partes del 50°/o, correspondiendo el otro tercio a la hija ilegítima, la demandada.

HAY NULIDAD en la sentencia recurrida; reformándola y revocando la de primera instancia, la Corte Suprema, declarando fundada la demanda de fs. 2, se servirá declarar que los bienes de la sociedad legal Ponce de León-Cuba, deben partirse entre la actora y demandada en la siguiente proporción: el cincuenta por ciento, por gananciales y dos tercios del otro cincuenta por ciento para la actora; y un tercio restante, de ese cincuenta por ciento, para la demandada; previa deducción de las cargas de la herencia.

Lima, 26 de Agosto de 1965.

Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, quince de Setiembre de mil novecientos sesenticinco.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuentisiete, su fecha veintiocho de Abril del presente año, que confirmando la apelada de fojas treintitrés, su fecha veinte de agosto de mil novecientos sesenticuatro; declara fundada en parte la demanda de división y partición interpuesta a fojas dos por doña Gaby Cuba de Philipps contra doña María Violeta Ponce de León de Bazán; reformando la recurrida y revocando la apelada; declararon fundada dicha demanda y, en consecuencia, que la división y partición de los bienes dejados por don Rafael Ponce de León Rázuri debe hacerse en la siguiente forma: el cincuenta por ciento, a título de gananciales, para su cónyuge que le sobrevivió doña María Gabina Cuba viuda de Ponce de León, representada por su única heredera la demandante doña Gaby Cuba de Philipps, así como las dos terceras partes del otro cincuenta por ciento por concepto de herencia; y, la tercera parte restante de este cincuenta por ciento para la demandada como hija ilegítima del causante, previa deducción de las cargas de la herencia; sin costas; y los devolvieron.— Maguiña.— Peral.— Medina.— Piñón.— Arbulú.— Roldán.— Se publicó conforme a ley.— Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa No. 231/65.

Procede de Lima.

R. Juridica P.– 1954, p. 65.

DIVISION Y PARTICION.– LEGADOS .– CLAUSULA TESTAMENTARIA.– HEREDEROS FORZOSOS.– CONCURRENCIA CON HERMANOS.– DERECHO DEL LEGITIMARIO

XII, 58) *Doctrina: En la sucesión testamentaria hay concurrencia de hermanos y cónyuge, si todos los bienes son propios del causante, la legítima de aquél, consistente en dos tercera partes de laherencia, es intangible, de acuerdo con los arts. 700 y 705 del C.C. El exceso que haya acordado a éstos el testador, se rebaja hasta completar la legítima del cónyuge.*

(Corte suprema de la República - Primera Sala.– Causa No. 322. Año 1951. Miranda c. Miranda).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, once de julio de mil novecientos cincuenta.

Vistos; y considerando: Que para la solución de esta controversia son tres las situaciones que es menester establecer: primero: cuáles son los bienes que ha dejado a su fallecimiento don Juan José Miranda; segundo: cuáles son las cláusulas del testamento cuya nulidad debe declararse por no estar ajustada a la ley; y tercero: un problema doctrinario en derecho y que se traduce en la siguiente tesis: si con arreglo a ley cuando la cónyuge es la única legitimaria el testador no puede considerar a sus hermanos entre los herederos; que para la primera cuestión es inevitable hacer una relación de la progenie del testador y de las diversas escrituras por las cuales adquiere los bienes que hoy forman la masa de la sucesión; que de los instrumentos que corren en autos consta que don Demetrio S. Miranda y Elías casó con doña Juana Herencia y Lovera, habiendo sido la señora Herencia viuda de don Antonio Díaz con quien tuvo un hijo llamado don Juan Antonio Díaz y Herencia; que don Demetrio de su matrimonio con doña Juana Herencia, tuvo cinco hijas y tres hijos, llamados María Mercedes, Blanca Rosa, María Corina, María Francisca, María Susana, Carlos Quintín, Luis Demetrio y Juan José Miranda y Herencia, cuya sucesión es motivo de este pleito; que doña Juana Herencia de Miranda, madre del testador obtuvo en unión de sus mencionados

hijos bienes por testamento de don Demetrio S. Miranda y Elías fallecido el veintidós de noviembre de mil novecientos dieciséis, y con el deseo de dar fin al condominio celebra con sus hijos la escritura de división y partición del cuatro de abril de mil novecientos veintisiete, fojas cincuenticinco, en la cual se adjudica a doña Juana de Miranda el fundo Pachinga en su integridad, y los fundos San Miguel y Alto de la Luna a don Juan José Miranda y a don Antonio Díaz hijo del primer matrimonio, por partes iguales, no indicándose en este fallo las otras adjudicaciones a los demás herederos por no ser necesarios a la historia del asunto; que años más tarde doña Juana Herencia de Miranda hace testamento, el diecinueve de julio de mil novecientos treinta, fojas cuarenticinco, disponiendo de los siguiente bienes: de la integridad de Pachinga y de la mitad de San Miguel y Alto de la Luna que había readquirido en esa proporción, por herencia que le dejó don Juan Antonio Díaz, hijo de su primer matrimonio; que con anterioridad a este testamento la testadora había hecho un anticipo de legítima a favor de su hijo don Luis Demetrio Miranda y Herencia, por lo que ya no tenía que ser comprendido en el testamento, fojas ciento dieciocho; que en estas circunstancias doña Juana dispone de Pachinga y de la mitad de San Miguel y Alto de la Luna en la forma siguiente: el quinto de todos sus bienes como mejora a favor de las cinco hijas; y el resto para las cinco hijas, para don Carlos Quintín y para don Juan José por partes iguales; que los Miranda Herencia para terminar con el condominio de los bienes dejados por la madre realizan una escritura de división y partición el veintisiete de diciembre de mil novecientos cuarentitrés, fojas cincuentidós con el exclusivo objeto según se advierte del instrumento de sacar a Carlos Quintín la integridad del fundo Alto de la Luna, estableciéndose muy claro que se permutan los derechos pero sin que se hable en ningún momento de que los bienes o las acciones o derechos que le quedaban las hermanas Miranda Herencia, contuvieran renuncia al quinto de la mejora que les dejó la madre; que terminada esta escritura de división y partición quedan en el condominio únicamente las cinco hermanas y don Juan José y en vida de estas sucesivas escrituras don Juan José tiene derecho a lo que sigue: el sexto de Pachinga deducido el sexto de la mitad de San Miguel menos el quinto de la mejora; que en consecuencia y en otros cálculos numéricos que llevan el mismo fin cuando muere don Juan José Miranda y Herencia deja los siguientes bienes: la integridad del fundo Ocas, títulos supletorios de fojas ochentiuno, la mitad de San Miguel; la sexta parte de los

cuatro quintos de la otra mitad de San Miguel y la sexta parte de los cuatro quintos de la integridad de Pachinga ya que el Juzgado no acepta la tesis de que al verificarse la permuta con Carlos Quintín hubiera existido ni en forma expresa ni en forma tácita renuncia de las hermanas Miranda a su quinto de mejora sobre los bienes que quedaban, porque esa renuncia no aparece de ninguna pieza del expediente ni de la ley, ni puede presumirse siendo por consiguiente sobre estos bienes acciones y derechos así puntualizados, sobre los que ha de producirse la división y partición demandando en la reconvención; que la segunda situación esencial del pleito, o sea las cláusulas del testamento, inválidas por ser infractorias de la ley, es asunto de menor dificultad, ya que para ello no hace falta otra cosa que el estudio del testamento de fojas una y su confrontación con los artículos setecientos, setecientos cinco y setecientos diecinueve del Código Civil; que las cláusulas sexta y sétima disponen de todos los bienes en legados a favor de las hermanas, cosa que no puede hacerse porque con arreglo al artículo setecientos el que tiene cónyuge no puede disponer libremente sino de la tercera parte de sus bienes y con arreglo al artículo setecientos diecinueve el testador no puede legar sino dentro de su facultad de libre disposición o sea pues que esos legados deben reducirse a la tercera parte de todos los bienes o precisando a la tercera parte de Ocas y a la tercera parte de los derechos que el testador tenía sobre San Miguel y Pachinga; que la cláusula decima es legal pues de acuerdo a las disposiciones que más adelante se indicarán, no puede entenderse que señale la herencia por cabezas sino en la proporción que indica la ley; que la cláusula octava en su primer acápite, también es válida y favorable a la cónyuge sobreviviente pues los frutos percibidos por doña Ana Pérez de Miranda son superiores a los que podría haberle correspondido, puesto que Ocas sólo no completa el tercio de libre disposición como se aprecia de la operación de fojas dieciséis y siguiente, que merece fe a los contendientes puesto que sus abogados las solicitaron y una vez producida no ha sido impugnada; que la segunda parte de la cláusula octava, indudablemente es nula porque impone a la herencia una modalidad en su intento de realizar una división y partición imposible, estimando en dinero unos derechos cuando la sucesión no ha quedado con dichas sumas de dinero y cuando los fundos pueden variar de valor haciendo injustificable la estimativa de esa suma de cien mil soles en compensación de los derechos que correspondan a la cónyuge; que la tercera situación versa sobre el análisis que

deba hacerse del artículo setecientos del Código Civil, del que aparece claramente que el que tiene cónyuge no puede dejar a extraños más del tercio de sus bienes so pena de caducidad de la cláusula por preterición de heredero forzoso, pero allí no se infiere ni podría inferirse que de los dos tercios que resultan intangibles, no pueda el testador dejar la mitad de esos dos tercios, a sus hermanos, por lo que dispone el artículo setecientos sesentiocho del Código Civil, que si el Libro de Sucesiones contiene implicancias entre los dos sistemas de sucesión testamentaria y sucesión legal, obvio es que estas implicancias no pueden llevarnos a creer que ante la deficiencia explicativa o normativa del título segundo de la sección segunda, deba entenderse que en esos casos como el de autos la viuda es heredera exclusiva aun contra la voluntad del testador, pues es de aplicación el artículo setecientos sesentiocho que señala que la mitad de la herencia es para la viuda y la otra mitad para los hermanos; que no podría ser de otro modo si se atiende al espíritu de la legislación, artículo setecientos sesenta del Código Civil, sobre ordenes del derecho hereditario, en el que están considerados los hermanos, en unión de los ascendientes, por más que el cónyuge sea concurrente con los tres primeros órdenes; que si este es el razonamiento de carácter general, que no precisa ya discurrir en el campo de los conceptos de legítima global, de legítima corta y de legítima larga, adquiere más relieve en el caso de autos en el que como consta de la detallada historia que se ha hecho de los instrumentos, los bienes tienen como origen diversas sucesiones que arrancan del tronco común que formaron don Demetrio S. Miranda y Elías y doña Juana Herencia y Lovera, recuerdo que indudablemente debió pasar en el ánimo del testador don Juan José Miranda al bonificar a las hermanas a la máxima forma que le permite la ley y al pretender con una condición inválida, que el derecho de su viuda se aprecie en dinero a fin de que las tierras de la familia no salieran del poder de los Miranda; que además esta tesis que aplica los artículos setecientos y setecientos setentiocho del Código Civil para casos como el presente, es la misma que ha utilizado la Superintendencia General de Contribuciones en el expediente de pago de la alcala de sucesión del causante don Juan José Miranda y Herencia, sin que su viuda, la demandada doña Ana Pérez de Miranda, haya hecho la menor observación ni formulado reserva ni protesta para ulterior discusión ante el Poder Judicial, lo que constituye indudablemente, un valioso elemento de referencia. Por todas estas consideraciones: FALLO: declarando infundada la demanda de fojas

nueve en sus dos extremos; fundada en parte la reconvención y su ampliación, y en consecuencia que el legado de las cláusulas sexta y septima del testamento de fojas una debe reducirse hasta el tercio de libre disposición; nula la segunda parte de la cláusula octava del mencionado testamento; que debe procederse a la división y partición de los bienes de don Juan José Miranda, que son los siguientes: la integridad del fundo Ocas; la mitad del fundo San Miguel; la sexta parte de los cuatro quintos de la otra mitad del mismo fundo San Miguel y la sexta parte de los cuatro quintos de la integridad de Pachinga, en la forma siguiente: Un tercio que es el de libre disposición como legado para las cinco demandantes, de los dos tercios restantes, un tercio para las demandantes por lo que estatuye la cláusula décima del testamento y el otro tercio para doña Ana Pérez de Miranda, con las deducciones consiguientes para todos del pasivo de la herencia; sin lugar la reconvención y su ampliación en los demás puntos que contienen; sin costas.– José Merino Reyna.

AUTO COMPLEMENTARIO.– Lima, catorce de julio de mil novecientos cincuenta. Autos y Vistos: y atendiendo: a que en el presente caso el Juzgado ha admitido que la legítima es de dos tercios, y por lo tanto al sostenerse por la demanda que esos dos tercios son intangibles para ellas, se está diciendo en otras palabras que don Juan José Miranda no podía hacer institución de herederos a favor de sus hermanas, ya que el tercio restante, que es el de libre disposición está destinado a legado, circunstancia esta última en la que están de acuerdo las partes; que por consiguiente el Juzgado no ha planteado como tercera situación ninguna inexactitud, sino expuesto en otra forma, quizás gramaticalmente inferior, lo que es materia del debate; que respecto al asunto de los quintos no hay nada que aclarar y el recurso que antecede, con referencia a este punto, constituye una impugnación del fallo, que puede hacerse valer ante el Superior; que respecto a la segunda cuestión es muy clara que la disposición a la que el Juzgado se refiere, es la consignada en el numeral setecientos sesentiocho del Código Civil, la que sin necesidad de mayor análisis evita toda confusión y se entiende que de los dos tercios de la legítima, un tercio es para las cinco hermanas y el otro para la viuda; téngase por aclarado el fallo en los puntos que se indican, debiendo considerarse éste auto como parte integrante de la sentencia. MERINO REYNA.

SENTENCIA DE VISTA

Lima, noviembre de mil novecientos cincuenta.

Vistos; con los acompañados: confirmaron la sentencia de fojas ciento veintinueve, su fecha once de julio último, en cuanto declara infundada la demanda de fojas nueve interpuesta por doña María Mercedes miranda y otras y fundada la reconvención deducida por doña Ana Pérez viuda de Miranda, en la parte que declara nula la cláusula octava del testamento de don Juan José Miranda; y resultando discordia en lo demás que contiene la sentencia, llamaron para dirmirla al señor Osores, reponiéndose la causa a la tabla BLONDET.– VELARDE ALVAREZ.– SAYAN PALACIOS.

RESOLUCION DE LA CORTE SUPERIOR

Lima, mayo ocho de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; con los acompañados: confirmaron la sentencia de fojas ciento veintinueve y auto aclaratorio de fojas ciento cuarenta, sus fechas once y catorce de julio del año próximo pasado, que declara infundada la demanda de fojas nueve interpuesta por doña María Mercedes Miranda y otras y fundada en parte la reconvención y su ampliación y que hace la partición de los bienes dejados por don Juan José Miranda; con lo demás que contiene: y los devolvieron.– Alva.– Gazats.– Paz Soldán.

DICTAMEN FISCAL

Señor: Don Juan José Miranda y Herencia, falleció bajo el imperio de su testamento otorgado por escritura pública, el 22 de abril de 1940, ante el Notario Chepote, que en testimonio corre a fojas 1. En dicho acto el testador, por las cláusulas 6a. y 7a. lega a sus hermanas María Mercedes, Blanca Rosa, María Corina, María Francisca y María Susana Miranda los terrenos "Ocas" y la participación que tiene en los fundos "San Miguel" Y "Pachinga"; deja constancia en la primera parte de la cláusula 8a. que esos fundos están arrendados, debiendo su esposa doña Ana Pérez de Miranda percibir, a su fallecimiento, la mitad de los arrendamientos, y en la segunda parte de dicha cláusula dispone que en caso de sus hermanas tuvieran oportunidad de venderlos, del producto de la venta su citada esposa recibirá la suma de S/.

100,000,00, sin deducir ni descontar suma alguna; instituyendo en la cláusula décima como sus únicos herederos a su esposa y a sus cinco hermanas nombradas.

Estas últimas han interpuesto la demanda de fojas 9, por habérseles presentado la oportunidad de vender los fundos "Pachinga" y "San Miguel",para que contra el pago de la suma de cien mil soles se declare que está cumplida la voluntad del testador expresada en la última parte de la cláusula 8a. y, que la institución de heredero se entienda en la proporción de dos tercios para la demandada y un tercio para las actoras; y se proceda a la partición de los bienes y sus frutos.

Tramitada la causa, el Juzgado de Primera Instancia en la sentencia de fojas 129, y auto ampliatorio de fojas 140, ha declarado infundada la demanda y fundada en parte la reconvención; sentencia que ha sido confirmada por la de vista de fojas 176 y de la que recurren ambas partes.

Los bienes dejados por el testador, constan de los instrumentos públicos que corren en autos, de los que se hace análisis respectivo en la sentencia de Primera Instancia que carece de objeto repetir.

Según se ha hecho notar, el testador en las cláusulas 6a. y 7a. dispone de sus bienes en legados a favor de sus hermanas, lo que contradice la disposición del art. 700 del C.C., pues teniendo cónyuge sólo puede disponer libremente hasta el tercio de sus bienes, y de acuerdo con el art. 719 del mismo Código los legados deben imputarse al tercio de libre disposición en este caso, reduciéndose, por consiguiente en la proporción legal.

La cláusula octava es válida en su primera parte y no es en su segunda, pues verifica una partición que puede perjudicar los derechos de la esposa, heredera forzosa, al asignársele suma determinada sobre el valor de los fundos a los que tiene derecho como heredera, suma que puede ser menor de su participación legal.

Del resto de la herencia que lo constituyen los otros dos tercios, a las que indudablemente y con arreglo a ley debe referirse la cláusula décima, que instituye herederos, correspondientes de un tercio a la viuda y el otro a las cinco hermanas del testador, en aplicación del art. 768 del C.C. en función del art. 760 del mismo Código.

En conclusión la demanda de fojas 1 es infundada y es fundada sólo en parte la reconvención, debiendo reducirse los legados hasta el tercio de libre disposición, es nula la segunda parte de la cláusula 8a, y la partición de los

bienes dejados por el testador debe verificarse en la proporción siguiente: un tercio para las demandantes como legados, otro tercio para las mismas como herencia, y el tercio restante para la viuda doña Ana Pérez de Miranda.

Como así lo ha resuelto el Juzgado y la Corte Superior opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 21 de julio de 1951.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, ocho de octubre de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; en discordia; con lo expuesto por el señor Fiscal y considerando: que en la sucesión testamentaria según el artículo setecientos del Código Civil el derecho hereditario del cónyuge supérstite así como el de los descendientes y progenitores del testador está constituido por los dos tercios en los bienes que deja a su fallecimiento, correspondiendo el tercio restante a la cuota de libre disposición, sujeta respecto a su destino al arbitrio del testador; que no determinando el citado artículo setecientos, formula dentro de la sucesión testamentaria, cual es la cuota que corresponde al cónyuge en su concurrencia con los demás legitimarios que enumera, lo hace la primera parte del artículo setecientos cuatro del mismo Código incorporando en su texto como principio general, en éste punto para el régimen de las legítimas, el mismo que regula su concurrencia en la sucesión legal, y que, por eso, en su ampliación la sucesión testamentaria presupone necesariamente la concurrencia de legitimarios, desde que el consorte supérstite es el único con la expresada calidad sucesoria, resulta incuestionable dueño y poseedor exclusivo de los dos tercios a que asciende la legítima dejada por el extinto testador, por cuanto del referido precepto legal que dice terminantemente que la cuantía de la porción indisponible en los dos tercios de los bienes de la herencia, porción patrimonial que en su integridad forma la denominada legítima; que siendo ella intangible, como prescribe el artículo setecientos cinco del mismo cuerpo de leyes que preceptúa que "sobre las legítimas no podrá el testador imponer gravámen, modalidad ni sustitución de ninguna especie", estén incursas en tal prohibición las cláusulas sexta, sétima y octava del testamento que en copia certificada corre a fojas una, por las que hace asignaciones en favor de sus hermanas que afectan y exceden la cuantía de la

legítima del cónyuge demandante, adoleciendo por ese concepto tales disposiciones de eficacia legal, cuyo efecto es la nulidad de la cláusula octava y que deben reducirse las asignaciones de las cláusulas sexta y sétima en cuanto exceden el tercio de libre disposición de la totalidad de la masa hereditaria; que como todos los bienes que constituyen la herencia de que se trata son bienes propios del testador, no es aplicable la segunda parte del ya citado artículo setecientos cuatro dictada para el caso de haber bienes gananciales; y que, finalmente, el aservo hereditario fincado por el causante consiste en el fundo "Ocas" de su exclusiva propiedad; el fundo "San Miguel" también suyo, en la mitad más un sexto de la otra mitad del mismo dejado por la madre del causante doña Juana Herencia viuda de Miranda, después de deducido el quinto con que mejoró a sus hijas; y el sexto del fundo "Pachinga" que fue también de la madre del causante dejada a sus hijos deduciendo igualmente el quinto de mejora a las hijas; como así mismo la cantidad de un mil doscientos treintiún soles treintiocho centavos y los frutos de los bienes que constituyen la herencia, deben dividirse, correspondiendo en todos ellos los dos tercios a la cónyuge doña Ana Pérez de Miranda y el tercio restante por iguales partes entre las hermanas doña María Mercedes, doña Blanca Rosa, doña María Corina, doña María Francisca y doña María Susana Miranda Herencia; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento setentiséis, su fecha ocho de mayo de mil novecientos cincuentiuno, que confirmando la apelada de fojas ciento veintinueve y auto ampliatorio de fojas ciento cuarenta, sus fechas once y catorce de julio de mil novecientos cincuenta, respectivamente, ordena que los dos tercios que constituyen el aservo hereditario de don Juan José Miranda, deducido el tercio de libre disposición, se divida en dos partes iguales, una para la cónyuge supérstite y la otra para las hermanas del causante, reformando la primera y revocando la segunda; declararon que dichos dos tercios corresponden íntegramente a la cónyuge doña Ana Pérez de Miranda y el tercio restante a las hermanas del testador doña María Mercedes, doña Blanca Rosa, doña María Corina, doña María Francisca y doña María Susana Miranda Herencia, por partes iguales; con arreglo a cuya proporción debe hacerse la división y partición; sin costas; y los devolvieron.— Garmendia.— Maguiña Suero.— Valverde.— Tello Velez.

Considerando: que la cuestión que se ventila se concreta a precisar si para establecer la legítima del cónyuge en caso de sucesión testamentaria

concurriendo con hermanos del causante, es aplicable el artículo setecientos o el artículo setecientos cuatro del Código Civil; que la primera de las disposiciones citadas determina en forma directa la cuota de libre disposición del testador y en forma indirecta y deducitva la porción que corresponde a los distintos legitimarios que puedan concurrir a una herencia; que la técnica de este precepto de orden general, es semejante al de las legislaciones que no dan participación en la herencia al cónyuge, como heredero y que inspirándose en sus artículos sescientos noventiséis y seiscientos noventisiete; que en ella reprodujo Código Civil derogado de mil ochocientos cincuentidós, al Civil vigente, no obstante haber consagrado la reforma que da al cónyuge vocación hereditaria, no le reconoce participación en la herencia con la misma amplitud que a los demás legitimarios sino que al consignar la regla del artículo setecientos cuatro ha determinado su legítima en forma directa y expresa, equiparándola por un lado a la cuota que le tocaría como heredero legal y limitandola por otro con relación a los gananciales; que tal disposición legal hace aplicables a la sucesión testamentaria en la herencia del cónyuge, las normas que rigen para la sucesión ab-intestado y procede por esto coordinar en su aplicación con el artículo setecientos sesenta que hace al cónyuge heredero concurrente con los de los tres primeros órdenes, o sea descendientes y hermanos, en tanto que los demás legitimarios que no otros según el orden de sucesión que estatuye el mismo artículo citado: que están en tal situación privilegiada del cónyuge, se excluyan los unos a los en esta forma, la legislación civil vigente al reconocer como nuevo legitimario al cónyuge por razón de matrimonio le hace en condiciones diferentes de la de los legitimarios tradicionales por vínculos de consanguinidad; que por todas estas razones, en el caso de autos, la porción hereditaria del cónyuge queda regulada por el artículo setecientos sesentiocho del Código Civil que le asigna la mitad de la herencia por concurrir con hermanos del causante, que esta interpretación del artículo setecientos cuatro relacionándolo con el artículo setecientos sesentiocho, hace aplicable además la misma norma tanto a la herencia legal como a la testamentaria, cuando concurren cónyuge y hermanos evitando así la contradicción que resultaría de que al otorgarse testamento no se pudiera dejar como herencia a los hermanos la misma proporción que les tocaría según el artículo setecientos sesentiocho cuando el causante fallece intestado y que, en el presente caso, al disolverse la sociedad conyugal Miranda Pérez no han existido bienes gananciales; nuestro voto es

por que se declare haber nulidad en la sentencia de vista; y porque reformándola y revocando la apelada se declare que a doña Ana Pérez de Miranda en su condición de cónyuge supérstite le corresponde el cincuenta por cientode los bienes dejados por el causante don Juan José Miranda.– Sayán Alvarez.– Checa.

Mi voto de conformidad con el dictamen del señor Fiscal y por sus fundamentos, es porque se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista que confirmando la apelada declara infundada la demanda de fojas nueve y fundada en parte la reconvención y su ampliatoria y en consecuencia que los bienes dejados por don Juan José Miranda deben partirse en la siguiente forma: un tercio para las hermanas del causante como legados y de los dos tercios restantes un tercio para la cónyuge doña Ana Pérez de Miranda y el otro tercio divisible por partes iguales entre dichas hermanas.– Serpa.

R.J.P.– 1956; p. 60

DIVISION Y PARTICION ENTRE HEREDEROS.– Concurrencia de cónyuge con hijos ilegítimos.

XII,59) *Cuando la herencia está constituida únicamente por bienes propios del causante, corresponde al cónyuge sobreviviente las dos terceras partes y al hijo ilegítimo la otra tercera parte.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 150/54.– Procede de Lambayeque.

Señor:

A fs. 1 doña Emilia Carrero viuda de Llatas entabla demanda de división y partición contra don Andrés Llatas Quintos, respecto al terreno denominado "Cachacara" ubicado en la estancia del mismo nombre y solicita que el nombrado terreno se divida entre la actora, como cónyuge sobreviviente y el demandado en su condición de hijo ilegítimo del causante, manifestando que por aplicación de lo dispuesto por los arts. 765 y 762 del C.C. le corresponde las dos terceras partes del citado terreno a la actora y una tercera parte al demandado, y como éste se encuentra en posesión del bien y lo explota, demanda que se le pague los frutos desde el fallecimiento de su finado

cónyuge. A fs. 3 el demandado contesta la acción, alegando, que a la actora sólo le corresponde la tercera parte del terreno, porque la demandante abandonó a su finado padre. Abierta la causa a prueba y tramitada con arreglo a ley, el Juez de Primera Instancia expide sentencia a fs. 17, declarando fundada la demanda y la Corte Superior de Lambayeque por resolución de fs. 4 2 ha confirmado el fallo apelado, lo que motiva el recurso de nulidad concedido al apoderado del demandado por auto de fs. 50 vta.

El demandado no ha llegado a probar en autos el abandono alegado, ni quién motivó dicho abandono, por lo que la alegación formulada en tal sentido por don Andrés Llatas Quintos para que solamente le corresponda a la actora, la tercera parte del terreno, carece de importancia y no puede enervar el derecho de doña Emilia Carrero viuda de Llatas, quien en su condición de sobreviviente, tiene derecho a las dos terceras partes del citado terreno y los frutos del mismo. El demandado, según lo actuado, es hijo ilegítimo del causante y como a tal sólo le corresponde la tercera parte del bien cuestionado y según el documento de fs. 9 ha pagado el impuesto a la herencia, a una tercera parte solamente, procediendo en consecuencia, declarar fundada la demanda de fs. 1.

Por lo expuesto opino, que NO HAY NULIDAD en la sentencia de vista, salvo mejor parecer.

Lima, 10 de mayo de 1954.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, treintiuno de octubre de mil novecientos cincuentiséis.

Vistos: de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal; y considerando además: que la herencia de que se trata está constituida sólo por bienes propios del causante: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuarentiocho, su fecha cinco de agosto de mil novecientos cincuentitrés, que confirmando la apelada de fojas diecisiete, su fecha treinta de setiembre de mil novecientos cincuentidós, declara fundada la demanda de división y partición interpuesta a fojas una por doña Emilia Carrero viuda de Llatas contra don Andrés Llatas Quintos, y que dos terceras partes del terreno materia de la acción corresponden a la acotra y una tercera parte al demandado; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso

y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– EGUIGUREN.– BUSTAMANTE CISNEROS.– GARMENDIA.– ALVA.– TELLO VELEZ.– Se publicó. Walter Ortiz Acha. Secretario.

R. de los T.– 1941; pag. 440

XII,60) *La mujer que de buena fe contrae matrimonio con hombre casado, es heredera de éste en concurrencia con los otros herederos legales.*

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, julio 20 de 1940

Vistos; con el expediente de declaratoria de herederos de don Juan F. Chávez Valdivia, que se separará; a fs. 2, el doctor Juan José Hidalgo por doña Rosa Hermelinda Zumaeta viuda de Chávez Valdivia, dice que doña Encarnación Chávez Ventura de Pazos y doña María Magdalena Ventura viuda de Chávez Valdivia, y el recurrente, en representación de su demandante, pidieron la declaratoria de herederos del Comandante don Juan F. Chávez Valdivia, en la vía sumaria, pero que por decisión judicial dictada en ese procedimiento, se declaró a los citados con excepción de su poderdante, herederos del extinto Chávez Valdivia, dejándose a salvo el derecho de la última, para que lo hiciera valer en la vía ordinaria. Y ejercitando esa acción dice: que su representada contrajo matrimonio con el que fue Sargento Mayor don Juan F. Chávez Valdivia, en la creencia de que fuera viudo, pues, así se lo dijo aquel, verificándose el matrimonio el 30 de abril de 1911, y constituyéndose el hogar en el que vivieron hasta el año de 1916, fecha en la que Chávez Valdivia, hizo viaje a esta capital por asuntos de su carrera, y que el matrimonio fue contraído de buena fe, por lo que produce efectos civiles, y su representada tiene por lo mismo derecho a la mitad de la pensión de montepío que debe otorgar el Supremo Gobierno, correspondiendo la otra mitad a la primera cónyuge doña María Magdalena Ventura viuda de Chávez Valdivia. Por lo que entablaba demanda para que se declare que su mandante es heredera del Comandante don Juan F. Chávez Valdivia y que le corresponde la mitad del montepío dejado por éste. Corrido traslado de la

demanda, fue absuelto el trámite a fs. 10 por doña Encarnación Chávez Ventura de Pazos, quien contestando dijo: que niega y contradice la acción, porque si el matrimonio se hubiera realizado carecía de todo mérito jurídico como debía quedar establecido en el procedimiento de su declaratoria de herederos. A fs. 17, contesta a su vez la demanda doña María Magdalena Ventura viuda de Chávez Valdivia, manifestando que el matrimonio de doña Rosa Hermelinda Zumaeta con Chávez Valdivia, se realizó en tiempo en que éste estaba unido por vínculo matrimonial con doña María Núñez de Chávez Valdivia; que fallecida la primera esposa en 1924, el matrimonio de aquella era nulo. Que cuando la recurrente contrajo matrimonio con el causante, en 1930, o sea, cuando Chávez Valdivia, era realmente viudo, con quien había hecho vida marital desde 1916, teniendo de esa unión una hija que cuenta en la actualidad 20 años, siendo así su matrimonio el único legítimo.

A fs. 47 absuelve el trámite la misma doña Magdalena de Chávez Valdivia, en representación de don Juan F. Chávez Núñez, negando y contradiciendo la demanda; y se recibió la causa a prueba; producida la que aparece del expediente, el estado del juicio es el de pronunciar sentencia. Y considerando: que la demandante al prestar confesión a fs. 66 vta. con arreglo al interrogatorio de fs. 66, dice que contrajo matrimonio sabiendo que su esposo era viudo, y conforme a la absolución de la quinta pregunta del mismo interrogatorio de su referida confesión, manifiesta igualmente que en la misma ciudad en la que se celebró el casamiento, se encontraba el joven don Juan Francisco Chávez Núñez, hijo legítimo de su desposado; que la más elemental diligencia o previsión debió a ser inducido necesariamente a la demandante a informarse inmediatemente el testimonio de aquel sobre si vivía o no su madre legítima. Que la partida de defunción de fs. 28 vta. del expediente de declaratoria de herederos, acredita que en la fecha del matrimonio de que se trata vivía la cónyuge de don Juan Francisco Chávez Valdivia condoña María Núñez, cuando su hijo legítimo a que se ha hecho referencia se encontraba en el lugar donde tuvo lugar el matrimonio, por lo que no concurren en su integridad los elementos que para que hubiese efectos civiles de semejante unión, requiere el art. 157 del C.C.; que por lo mismo en este juicio no se ha producido la prueba indispensable para que sea justificada la contradicción del fallo pronunciado a fs. 42 del procedimiento de declaratoria de herederos, sin que además se haya impugnado el derecho hereditario de la cónyuge doña María Magdalena Ventura viuda de Chávez

Valdivia, por lo que el derecho de ésta amparado por esa resolución, subsiste como la de los demás a quienes ella comprenda con todas sus consecuencias legales; y que la prueba testimonial rendida por una y otra parte en el juicio no lleva ningún elemento de convicción en favor ni en contra de la efectividad del derecho hereditario reclamado por la demandante, porque la continuidad o discontinuidad de las relaciones matrimoniales o el cumplimiento de los deberes entre uno y otro cónyuge son ajenos a la validez de la constitución del vínculo y no pueden por eso mismo fundar una acción de nulidad; y de allí la inconsistencia o inoficiosidad de esta prueba, consideración aplicable también a la presentación de los documentos relativos a esas relaciones entre la demandante y don Juan Francisco Chávez Valdivia. Por lo que, FALLO: declarando sin lugar la demanda de fs. 2; sin costas; reintegrándose el papel sellado.— Emilio F. Valverde.— Ernesto A. Parodi.

SENTENCIA DE VISTA

Lima, noviembre 9 de 1940

Vistos; con los acompañados, con lo opinado por el señor Fiscal; y considerando: a que la partida que en copia corre a fs. 32, y cuyo mérito se corrobora con el de la información periodística de fs. 22 y el de las declaraciones corrientes a fs. 78 vta., 79, 101, 102, 102 vta., 106, 107 y 107 vta., prueba la realización en Iquitos, del matrimonio de doña Rosa Hermelinda Zumaeta y el entonces Sargento Mayor Juan Francisco Chávez Valdivia; a que la demandante ha acreditado que procedió de buena fe cuando contrajo matrimonio con el ya citado Chávez Valdivia, puesto que de las mismas pruebas de que ya se ha hecho referencia, de la confesión de la propia demandante corriente a fs. 66 vta. y de los demás elementos de autos se desprende la convicción de que doña Rosa H. Zumaeta y la sociedad de Iquitos estaban en la creencia de que el Sargento Mayor Chávez Valdivia era viudo; a que los demandados no han probado la no existencia del matrimonio, ni han acreditado tampoco que doña Rosa Hermelinda Zumaeta la contrajera a sabiendas del impedimento legal del otro contrayente; a que la circunstancia aducida por la parte demandada como prueba de que la actora conocía el estado civil del Comandante Chávez Valdivia y consistente en el hecho de encontrarse entonces en Iquitos el hijo legítimo de aquel, don Francisco Chávez Núñez, no tiene el alcance que se le atribuye, puesto que no ha

probado que el referido Chávez Núñez revelara en alguna forma el estado civil de su padre; a que los documentos ofrecidos como prueba de los cambios de residencia del Comandante Chávez Valdivia entre los años de 1911 y 1915 no tienen eficacia ni pertenencia en cuanto al punto fundamental de la controversia que se refiere a la buena o mala fe conque doña Rosa Zumaeta contrajo matrimonio en Iquitos en 27 de abril de 1911; a que en consecuencia los derechos de la demandante están amparados por lo dispuesto en los arts. 157 primera parte y 760 del C.C.; a que el derecho a la pensión de montepío se encuentra regido por leyes especiales; y a que siendo la finalidad de la presente acción contradecir lo resuelto en el procedimiento no contencioso de declaratoria de herederos, no procede pronunciarse sobre el derecho a montepío a que se refiere el segundo extremo de la demanda de fs. 2: REVOCARON la sentencia de fs. 218, su fecha 20 de julio último, que declara sin lugar la demanda, la que declararon fundada en parte, y en consecuencia, que doña Rosa Hermelinda Zumaeta, tiene la condición de heredera de don Juan Francisco Chávez Valdivia en concurrencia con los demás herederos declarados; sin costas; y los devolvieron.— M. Velarde Alvarez.— Lavalle.— Iberico.— Se publicó.— D. García Rada.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Fiscal opina que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida por doña Magdalena viuda de Chávez Valdivia.

Lima, julio 19 de 1941.

Araujo Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, setiembre 29 de 1941

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 264, su fecha 9 de noviembre del año próximo pasado, que revocando la de primera instancia de fs. 218, su fecha 20 de julio anterior, declara fundada en parte la demanda y que doña Rosa Hermelinda Zumaeta tiene la condición de heredera de don Juan Francisco Chávez Valdivia en concurrencia con los

demás herederos declarados, sin costas; condenaron en las del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– Barreto.– Valdivia.– Pastor.– Benavides Canseco.– García Maldonado.– Se publicó conforme a ley.– M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 1729.– Año 1940. Procede de Lima.

R.J.P.– 1954; p. 692

XII,61) *1.– La cónyuge es heredera de su marido aun cuando sólo hubiera contraído matrimonio religioso, si el acto se celebró bajo la vigencia del C.C. del 52 y no se hubiere inscrito en los registros del estado civil.*

2.– Quien es cónyuge de un hombre casado anteriormente no puede ser declarada heredera de éste en el procedimiento no contencioso de declaración de herederos, ya que debe demostrarse en la vía ordinaria que contrajo matrimonio con el bígamo de buena fe.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 408/53.– Procede de Lima.

Señor:

Doña Angela Graciela Bejarano Flores solicita la declaratoria de herederos de su padre don Juan Bejarano Santibáñez, fallecido intestado el 10 de agosto de 1951, dejando como herederos legales a su esposa doña Eleodora Flores viuda de Bejarano y a sus hijos legítimos Julia Mercedes, Juan Teófilo y la recurrente Angela Graciela, cuyas partidas de bautismo corren a fs. 13 y 15.

A fs. 9 se apersona a la instancia doña Celia Rivera Vda. de Bejarano y doña Piedad Bejarano Rivera, adjuntando las partidas civil y religiosa del matrimonio de la primera con el mismo Juan Bejarano Santibáñez celebrado el 17 de noviembre de 1915, y la de bautismo de ls egunda, ocurrido el 14 de mayo de 1919. Impugnan el derecho ejercitado al solicitarse la declaratoria de herederos, pidiendo a su vez se les declare como tales, en consecuencia con el menor Juan Bejarano Zamudio, en representación de su padre premuerto Juan Herminio Bejarano Rivera.

De lo expuesto resulta que, el causante contrajo dos matrimonio y que en ambos hubo hijos. La legalidad del primer matrimonio subsiste, porque se contrajo canónicamente, de acuerdo con las disposiciones del C.C. derogado; habiéndose omitido únicamente la inscripción de dicho contrato en el Registro del E.C. del Cuzco. Aunque los pretendientes del segundo grupo familiar tratan de negar validez a los documentos citados, éstos se complementan o bonifican con los de fs. 23 y 24, especialmente, el de este último folio en el que consta que Bejarano Santibáñez, siguió juicio de divorcio con su primera esposa, obteniendo fallo adverso. La partida de matrimonio de ésta corre a fs. 12 y la de su defunción a fs. 38. Es decir, que la cónyuge sobrevivió al esposo, pues, él, como ya se ha dicho murió en agosto de 1951 y ella el 3 de octubre de 1951. Y es por esto, que sus hijos reclaman también se declare heredera a ella.

El valor legal de las partidas del segundo matrimonio debe discutirse en la vía ordinaria, para el efecto de saber si hubo buena o mala fe, art. 157 del C.C. En este procedimiento no cabe tal discernimiento. Procede únicamente declarar herederos a quienes hayan acreditado su derecho con prueba instrumental suficiente, como la presentada por la demandante, como lo dispone la 1a. parte del art. 1218 del C.P.C. en este sentido ha resuelto el Juez a fs. 21, declarando herederos del intestado a sus hijos legítimos Angela Graciela, Julia Mercedes y Juan Teófilo; a su hija ilegítima Piedad Felícita Bejarano Rivera, según partida de fs. 8 y a doña Eleodora Flores Vda. de Bejarano por haber sobrevivido, en meses, al de cujus.

Conceptúo que, la resolución del Juez es legal, no así la del Tribunal, que manda ordinarizar el procedimiento, revocando la anterior. Sólo puede pasarse a la vía ordinaria, por confusión e insuficiencia de la prueba instrumental actuada. Lo que no sucede, en la presente cuestión, como ya se ha dicho.

En consecuencia, opino, que HAY NULIDAD en la recurrida; reformándola, procede confirmar la de primera instancia, en todas sus partes.

Lima, 8 de julio de 1953.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, nueve de abril de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuarenticinco, su fecha cinco de marzo último, que manda ordinarizar el procedimiento; reformándola confirmaron la de primera instancia de fojas cuarentiuna, su fecha seis de agosto de mil novecientos cincuentidós, que declara el fallecimiento intestado de don Juan Bejarano Santibáñez y como herederos a doña Eleodora Flores viuda de Bejarano, a sus hijos legítimos Angélica Graciela, Julia Mercedes y Juan Teófilo Bejarano Flores y a su hija ilegítima Piedad Felícitas Bejarano Rivera; con lo demás que contiene; y los devolvieron.– SAYAN ALVAREZ.–CHECA.– MAGUIÑA SUERO.– VALVERDE.– LENGUA.– Se publicó.– Dagoberto Ojeda del Arco. Secretario.

R. de los R.– 1940; p. 377

XII,62) *Correspondiendo el beneficio, conforme al Reglamento del Servicio Mutual de Policía, a una hija natural reconocida, fallecida ésta toca a quienes prueben su derecho legalmente.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Fiscal opina por la NO NULIDAD de la sentencia recurrida por doña Vicenta Villarreal.

Lima, abril 13 de 1940.

Araujo Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, mayo 29 de 1940

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal; y considerando: que conforme al Reglamento del Servicio Mutual, el beneficio dejado por el guardia Gonzales Villarreal correspondió, únicamente, a su hija natural reconocida, Alicia Reneé que le sobrevivió; y que habiendo fallecido ésta, ha trasmitido su derecho a quien corresponda conforme a las leyes:

declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 208, su fecha 16 de mayo de 1939, en cuanto revocando la apelada de fs. 173, su fecha 27 de agosto anterior, declara que el beneficio mutual corresponde a la menor expresada Alicia Reneé, entendiéndose de un modo exclusivo, y, por su fallecimiento, a quien pruebe su derecho legalmente: declararon HABER NULIDAD en dicha sentencia de vista en lo demás que contiene; y reformándola, declararon sin lugar la participación de la menor Olinda del Carmen, sin costas; y los devolvieron.– BARRETO.– ZAVALA LOAIZA.– BALLON.– BENAVIDES CANSECO.– GARCIA MALDONADO.– Se publicó conforme a ley.– M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 531. Año 1939. Procede de Lima.

ANALES JUDICIALES.– 1959; p. 31.

XII,63) *El C.C. de 1936 ha modificado el régimen de distribución de la pensión de montepío establecido por la Ley de 1869, debiendo aplicarse la regla del Art. 762 de ese cuerpo de leyes cuando concurre el cónyuge supérstite con los hijos ilegítimos.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Ada Henriod de Dulanto interpone demanda contra el Supremo Gobierno y contra doña Mercedes y doña Martha Dulanto Nonone, a fin de que se declare la nulidad de las Resoluciones Supremas números 63 de 10 de Febrero de 1954 y 187 de 9 de Mayo de 1957, recaídas en el expediente administrativo sobre expedición de cédula de montepío del que fuera su esposo y padre de las demandadas, doctor Pedro Dulanto. Sostiene la actora que conforme a lo dispuesto por el Art. 3o. inc. 2o. de la Ley de Montepío de 1869, le corresponde las 4/5 partes de la pensión y a las hijas ilegítimas del causante, 1/5, en vez de las 2/4 partes que se le ha asignado para ella y otro tanto para las demandadas.

Tanto el Procurador General de la República como las demandadas niegan la demanda, sosteniendo que la disposición de la Ley de Montepío, en que se basa la demanda, ha sido modificada por el nuevo Código Civil de

1936, debiendo conformarse la división de la pensión a lo dispuesto por el Art. 762 del referido Cuerpo Legal.

El Primer Juzgado en lo Civil de esta Capital, de conformidad con la opinión del Agente Fiscal, expiede sentencia a fs. 54, por la que se declara infundada la demanda por considerar que el Código Civil vigente ha modificado el régimen que rige la determinación de la pensión de montepío, debiendo aplicarse la regla establecida por el Art. 762 del C.C.

Apelado el fallo por la demandante, la Primera Sala de la Corte Superior de Lima de conformidad con la opinión de su Fiscal, lo revoca, por considerar que las Resoluciones Supremas impugnadas son infractorias de la Ley de Montepío de 1869, pues siendo ésta de carácter netamente administrativo, pertenece al campo del Derecho Público, no pudiendo ser modificada por el C.C., que es norma de Derecho Privado.

Las demandadas, hermanas Dulanto Nonone y el Procurador General de la República, recurren en nulidad.

Estimo que la resolución de vista, que revoca la apelada y que ampara la acción, no está arreglada a ley; en tanto que la apelada sí lo está.

No se puede sostener que al variar la legislación civil, que ha traído consigo una notable variación de los derechos en favor de los hijos ilegítimos, subsista la antigua disposición del año 1869 referente al montepío. Dicha ley se dió, justamente, con el fin de que existiera cabal concordancia entre la Ley de Montepío y el Código Civil de 1852. El quinto de la pensión, en favor de los ilegítimos reconocidos, coincide con el quinto a que tenían derecho en la herencia del padre.

El Código de 1936 ha traído una sustancial diferencia respecto al de 1852; y es lógico que este nuevo Cuerpo Legal ha modificado el régimen a que debe sujetarse la herencia de los ilegítimos y la pensión de montepío de los mismos. El Art. 762 del C.C., establece la proporción en que concurren en la herencia los hijos legítimos y los ilegítimos; y el Art. 765, establece la cuota de la cónyuge. Es evidente, por tanto, que las Resoluciones impugnadas están arregladas a ley, máxime que existe la R.S. de 25 de Noviembre de 1938, que conrodó las disposiciones del C.C., con el montepío.

La jurisprudencia administrativa es uniforme en este aspecto y en casos como el de autos, se divide la pensión otorgándose a la cónyuge supérstite una porción equivalente al doble de la asignada a un hijo ilegítimo.

Por los propios fundamentos de la sentencia apelada, opino en el

sentido de que se declare que HAY NULIDAD en la recurrida, que revocando la apelada declara fundada la demanda; y que modificándola y confirmando la apelada se declare infundada dicha demanda.

Lima, 28 de Noviembre de 1959.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, ocho de Enero de mil novecientos sesenta.

Vistos; por los fundamentos pertinentes del dictamen del señor Fiscal; y considerando: que la ley de veintiocho de Enero de mil ochocientos sesentinueve; ampliatoria de la de cuatro de Noviembre de mil ochocientos cincuentiuno sobre montepío civil, dispuso que los derechos a dicho goce de los hijos naturales reconocidos fueran los que establecía el inciso tercero del artículo ochocientos noventidós del Código Civil de mil ochocientos cincuentidós que daba participación en la herencia a tal calidad de hijos; que al ponerse en vigencia el Código Civil de mil novecientos treintiséis, reemplazando al de mil ochocientos cincuentidós, debe aplicarse, en consecuencia, para tales casos el nuevo régimen legal que establecen al respecto los artículos setecientos sesenticinco y setecientos sesentidós del Código Civil vigente; y que, de acuerdo con la situación jurídica analizada, las Resoluciones Suprema cuya nulidad se demanda están arregladas a ley; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas setenticinco, su fecha diecisiete de Junio de mil novecientos cincuentinueve, que revocando la apelada de fojas cincuenticuatro, su fecha seis de Abril del mismo año, declara fundada la demanda de nulidad de resoluciones interpuestas a fojas una por doña Ada Henriod viuda de Dulanto contra el Supremo Gobierno y otras; reformándola; confirmaron la apelada que declara infundada la acción; y los devolvieron.— Sayán Alvarez.—Maguiña.— Tello Vélez.— Valdez Tudela.— Eguren.— Se publicó conforme a ley.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

Causa No. 783/59 .— Procede de Lima.

ANALES JUDICIALES.— 1956; p. 233

XII,64) Para determinar si los gananciales igualan, exceden o son

menores a la legítima, debe procederse necesariamente al avalúo pericial de los bienes que forman la masa hereditaria.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El doctor Alejandro Barúa Gonzales, casado con la señora Emilia Gonzales Orbegoso, falleció el 3 de setiembre de 1943, sin otorgar testamento. En el juicio sobre contradicción de sentencia y declaración de paternidad a que se refiere la copia certificada de fs. 230, recayó la Ejecutoria Suprema de 22 de mayo de 1951, que declaró que doña Alejandrina Elena Barúa de León, en su condición de hija ilegítima, es heredera del intestado doctor Barúa Ganoza en concurrencia con la cónyuge supérstite doña Emilia Gonzales Orbegoso vda. de Barúa.

Vigente la Sociedad conyugal, por escritura pública de 1o. de agosto de 1935, que en testimonio obra a fs. 194, el Banco Central Hipotecario del Perú adjudicó a los referidos, doctor Alejandro Barúa Ganoza y Emilia Gonzales Orbegoso de Barúa el dominio del fundo Huápalas, ubicado en el distrito de Yapatera de la provincia de Morropón, del departamento de Piura, bien que fue inscrito como de la sociedad conyugal referida, como lo acredita el certificado de dominio de fs. 221.

Doña Emilia Gonzales Orbegoso vda. de Barúa ha demandado a doña Alejandrina Elena Barúa de León la partición de la masa hereditaria y la liquidación de la comunidad. Sostiene la demandante en su recurdo de fs. 4, que la adquisición de Huápalas se verificó con dinero de su exclusiva propiedad y que por derecho propio le corresponde la mitad del casco del referido fundo, perteneciendo la otra mitad a la sociedad conyugal, divisible en dos partes, una para ella y la otra para la demandada. También ha demandado la restitución de la cantidad de S/. 1'400,000.00 que aportó al matrimonio y que debe serle entregada por la sociedad conyugal. La demanda fue contradicha a fs. 8, en el sentido de que el fundo Huápalas y sus capitales constituyen un bien común y que no existen capitales que pagar a la actora; reconviniendo la demandada para que la partición se amplíe a los frutos pendientes en el fundo referido al morir el causante común.

Tramitada la causa, el Juzgado de Primera Instancia, en la sentencia de fs. 222 ha declarado fundada, en parte, la demanda de partición y sin lugar en

cuanto a la restitución de la cantidad de S/. 1'400,000.00, fundada la reconvención, y que corresponde a la demandante el 50o/o del fundo Huápalas, capitales y frutos, y el otro 50o/o pertenece a la demandada, etc.—

La Corte Superior de Lima, a fs. 300, confirmando en una parte y revocando en otra la apelada, ha resuelto que los bienes deben dividirse en la proporción de dos tercios para la demandante y un tercio para la hija, con la deducción de los gananciales conforme a la regla del art. 704 del C.C.— Ambas partes traen recurso de nulidad.

La demandante no ha podido acreditar que con bienes propios pagó al Banco Central Hipotecario del Perú la primera cuota o partida del precio del remate de Huápalas. Si como ha pretendido acreditar en el curso del juicio ese pago se verificó con los productos o frutos de sus bienes propios, siempre el bien tiene la calidad de común, porque los frutos de los bienes propios son bienes comunes, como lo determina el inc. 1o. del art. 184 del C.C.

Tampoco ha podido comprobar la actora que aportó a la sociedad conyugal la cantidad de S/. 1'400.000.00 que reclama.

Los antecedentes que se dejan relacionados dejan establecido que se trata de una herencia legal, a la que concurren la cónyuge supérstite y una hija ilegítima. Es el caso determinado en el art. 765 del C.C. En consecuencia, a la actora le corresponde una cuota igual a la de un hijo legítimo, o sea el doble de lo que toca a la demandada que tiene la condición de hija ilegítima, pero observándose, como lo indica expresamente el referido dispositivo, lo que determina el art. 704 del acotado.

Como lo ha resuelto el Tribunal Superior, a la viuda corresponde dos tercios de la herencia y el otro tercio a la hija, pero con la taxativa del precitado art. 704 del C.C.

Por lo expuesto opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 13 de Enero de 1955.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinte de setiembre de mil novecientos cincuentiséis.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal, y considerando: que de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo ciento

setentisiete y en los incisos primero, segundo y cuarto del artículo ciento ochenticuatro del Código Civil, la herencia causada por el que fue don Alejandro Barúa y Ganoza está constituída por los bienes propios consistentes en sus acciones y derechos en los inmuebles situados en esta capital, calle Barranquita, hoy Jirón Amazonas, números treintiocho al cuarentidós antiguos, en la ciudad de Trujillo calle Bolívar número seiscientos dieciocho y en el Cerro Salaverry del distrito del mismo nombre, Departamento de la Libertad, y por bienes gananciales formados por el cincuenta por ciento de la Hacienda Huápalas, adquirida con su esposa señora Emilia Gonzales Orbegoso de Barúa durante la vigencia de su matrimonio, y por el cincuenta por ciento de los capitales y frutos existentes en dicha hacienda al tres de setiembre de mil novecientos cuarentitrés, fecha del fallecimiento intestado de don Alejandro Barúa Ganoza; que de la mencionada herencia corresponden dos tercios a la cónyuge supérstite doña Emilia Gonzales Orbegoso de Barúa y un tercio a su hija ilegítima, reconocida por sentencia, señora Elena Barúa de León, de acuerdo con lo estatuido por los artículos setecientos sesenticinco, setecientos sesentidós y setecientos cuatro del Código citado; que en observancia de lo que establecen esas disposiciones legales, debe procederse necesariamente al avalúo pericial de los bienes relictos que forman la masa hereditaria, los cuales quedan ya especificados, para el efecto de proceder mediante esa operación técnica a la regulación proporcional sucesoria y determinar así, si los gananciales de la cónyuge igualan o exceden los dos tercios de la herencia o si son menores que tales dos tercios, a fin de que según el resultado se establezca si el valor de los gananciales de la cónyuge heredera la hacen perder su parte en la herencia herencia de su esposo o si debe hacerse la consiguiente reducción, como lo preceptúa el acotado artículo setecientos cuatro del Código Civil; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas trescientas, su fecha diecisiete de agosto de mil novecientos cincuenticuatro; y reformándola: confirmaron la de Primera Instancia de fojas doscientos sesentidós, su fecha doce de enero del mismo año en cuanto declara fundada en parte la demanda de división y partición de fojas una; sin lugar la demanda sobre restitución de la suma de un millón cuatrocientos mil soles; fundada la reconvención de fojas ocho, y en consecuencia, que corresponde a doña Emilia Gonzales Orbegoso viuda de Barúa el cincuenta por ciento del fundo Huápalas y de sus capitales y frutos existentes al tres de setiembre de mil novecientos cuarentitrés, a título de

gananciales; la revocaron en la parte que asigna a doña Elena Barúa de León, el otro cincuenta por ciento del fundo Huápalas y de sus capitales y frutos existentes al tres de setiembre de mil novecientos cuarentitrés, así como las acciones y derechos de condominio del señor Alejandro Barúa Ganoza de los inmuebles urbanos situados en esta capital, calle Barranquita, hoy Jirón Amazonas, números treintiocho al cuarentidós antiguos, en la ciudad de Trujillo calle Bolívar número seiscientos dieciocho y en el cerro Salaverry del distrito del mismo nombre, Departamento de La Libertad, a título de herencia; reformándola en este punto: declararon que dicho cincuenta por ciento del fundo Huápalas y de sus capitales y fundos existentes al tres de setiembre de mil novecientos cuarentitrés y las acciones y derechos del señor Alejandro Barúa Gonza sobre los inmuebles urbanos situados en esta capital, calle Barranquita, hoy Jirón Amazonas, Nros. treintiocho al cuarentidós, antiguos, en la ciudad de Trujillo, calle Bolívar número seiscientos dieciocho y en el cerro Salaverry del distrito del mismo nombre, Departamento de La Libertad, constituyen la masa hereditaria dejada por el causante, el expresado señor Alejandro Barúa Ganoza, la que debe dividirse entre las partes en la forma que se deja indicada en la presente resolución, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo setecientos cuatro del Código Civil, atribuyendo toda la herencia a la hija ilegítima declarada heredera, en el caso de que los gananciales de la viuda doña Emilia Gonzales Orbegoso de Barúa fuesen iguales o mayores que los dos tercios de la masa hereditaria; y haciendo la reducción correspondiente si dichos gananciales fuesen menores de la indicada cuota hereditaria de dos tercios; la confirmaron en la parte que declara que los frutos producidos por los bienes antes indicados desde la citada fecha de tres de setiembre de mil novecientos cuarentitrés hasta su partición, correspondiente a una y otra parte en la proporción y conforme a sus respectivos orígenes y cuyo monto se señalará pericialmente en su oportunidad; ordenaron que se proceda por los peritos al avalúo de los mencionados bienes y sus frutos para el cumplimiento de esta resolución; confirmaron la sentencia apelada en lo demás que contiene; y los devolvieron.— EGUIGUREN.- GARMENDIA.— ALVA.— TELLO VELEZ.— GAZATS.— Se publicó conforme a ley.— Walter Ortiz Acha, Secretario.

Exp. No. 854/54.— Procede de Lima.

XII,65) *El matrimonio contraído in extremis produce efectos aun cuando la inscripción en los RR.CC. se hubiesen efectuado tardíamente.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En concepto de este Ministerio, el matrimonio contraído, in artículo mortis, por don Enrique Vargas con doña Evangelina del Carpio, está suficientemente comprobado con las partidas de fs. 2 y 24. Las condiciones especiales y de urgencia, que rodearon el acto no hacían posible la presencia del Oficial del Registro Civil, y habiéndose cumplido por el Párroco con remitir el certificado del matrimonio, están satisfechas las exigencias de la ley, sin que pueda tomarse en consideración el argumento de que tal registro fue hecho dos años después. La mujer no puede ser responsable de la falta de gestión oportuna, ni hay dispositivo alguno que establezca nulidad por tal causa. Considero que el auto de vista de fs. 33 que, revocando el apelado de fs. 13, declara que son herederos de don Enrique Vargas Rodríguez, su hija menor Enriqueta Vargas del Carpio y la cónyuge sobreviviente doña Evangelina del Carpio de Vargas, está arreglado a ley y justicia.

NO HAY NULIDAD. Salvo mejor parecer.

Lima, agosto 17 de 1944.

Calle

RESOLUCION SUPREMA

Lima, setiembre 5 de 1944

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 33, su fecha 17 de junio del año en curso, que revocando la apelada de fs. 13, su fecha 6 de octubre del año anterior, declara herederos de don Enrique Vargas Rodríguez a su hija Enriqueta Vargas del Carpio y a la cónyuge sobreviviente, doña Evangelina del Carpio de Vargas; sin costas; y los devolvieron.– Arenas.– Valdivia.– Portocarrero.– Pastor.– Benavides Canseco.– Se publicó

conforme a ley.-- A. Eguren Bresani. Secretario.

Cuaderno No. 911.– Año 1944. Procede de Lima.

R. de los T.– 1940; p. 409

XII,66) *No estando inscrito en el Registro Civil el matrimonio de urgencia, no puede declararse heredero al cónyuge sobreviviente dentro del procedimiento no contencioso de declaratoria de herederos.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Por el certificado de fs. 1, aparece que el intestado Julián R. Francia, contrajo matrimonio de urgencia, permitido por el art. 120 del C.C., que no se ha inscrito en el Registro Civil.

Por esta omisión, no produce efectos civiles, como lo prescribe el art. 126 del mismo.

Entre los efectos civiles se comprende el derecho a la herencia del cónyuge fallecido, días después del matrimonio.

Por lo expuesto, opino: que no puede declararse (en este procedimiento no contencioso) que la señora Gregoria Arias es también heredera del intestado; y en consecuencia, que HAY NULIDAD en el recurrido, reformándolo, se confirme el de primera instancia.

Lima, setiembre 25 de 1940.

Muñoz.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, octubre 18 de 1940.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 24, su fecha 14 de febrero del corriente año, en la parte materia del recurso, por la que revocando la de primera instancia de fs. 14, su fecha 3 de noviembre anterior, declara que doña Gregoria Arias es también heredera de don Julian Francia, y reformándola, confirmaron la de primera instancia

en cuanto excluye de la herencia en este procedimiento a dicha interesada, sin costas; y los devolvieron.– Barreto.– Zavala Loaiza.– Pastor.– Benavides Canseco.– García Maldonado.– Se publicó conforme a ley.– E. Vivanco M., Secretario.

Cuaderno No. 951.– Año 1940. Procede de Lima.

R.J.P.– 1950; p. 1112

HEREDERO LEGAL.– Art. 760 del C.C.– Matrimonio religioso.– Sus efectos.– Concurrencia de padre y tíos.

XII,67) *A pesar de que el matrimonio religioso no produce efectos civiles, el padre del hijo premuerto habido en dicho matrimonio excluye de la herencia a los tíos, si además, consta en la partida de nacimiento de dicho menor que fue reconocido por su padre.*

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 883/949.– Procede de Cajamarca.

Señor: Doña Juana Terrones Chávez y don Juan Terrones Tanta pretenden se les declare herederos de su sobrino el menor José Francisco Quiroz Terrones, fallecido el 6 de febrero de 1949, como lo acredita la partida de defunción de fs. 1. El referido menor fue hijo de don Eulogio Quiroz Huamán, quien contrajo matrimonio religioso condoña Sebastiana Terrones el 25 de mayo de 1942; y, si bien es cierto que este matrimonio no produce efectos civiles, para los efectos de la declaratoria de herederos es suficiente la partida de nacimiento de dicho menor, que corre a fs. 4 de estos autos, de la que aparece que fue reconocido por el precitado Quiroz Huamán.

En consecuencia, éste es heredero de su referido hijo.

Opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida que confirmando la de Primera Instancia así lo declara.

Lima, 24 de julio de 1950.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, doce de agosto de mil novecientos cincuenta.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas veintiuno su fecha dieciséis de agosto del año último, que confirmando la de Primera Instancia de fojas catorce vuelta, su fecha trece de junio del mismo año, declara el fallecimiento intestado de José Francisco Quiroz Terrones, y, como su único y universal heredero a su padre don Eulogio Quiroz Huamán; y los devolvieron.

Noriega.– Láinez Lozada.– Cox.– Eguiguren.– León y León.

Se publicó conforme a ley.– Francisco Velasco Gallo, Secretario.

R.J.P.– 1951; p. 277

DERECHO HEREDITARIO DE PARIENTES COLATERALES.– Nulidad de matrimonio.

XII,68) *No es heredero de su cónyuge el marido que se casa hallándose subsistente su matrimonio anterior. No existiendo herederos forzosos, la herencia debe ser diferida, en este caso, a los colaterales del cuarto grado.*

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 118/950.– Procede de Lima.

Señor: Don Isaac Rivera contrajo matrimonio civil con doña Raquel López, en 16 de agosto de 1941. La esposa falleció en 29 de abril de 1943, y Carrillo Rivera solicita la declaración de herederos a su favor, como cónyuge supérstite, procedimiento que terminó por auto de fs. 84 que declaró que la declaración de herederos debía hacerse en la vía ordinaria.

En el juicio ordinario sobre contradicción, se ha impugnado el matrimonio de don Isaac Carrillo Rivera, por haber sido casado con anterioridad con doña Juana Quiroz. Tramitada la causa, el Juzgado de Primera Instancia en la sentencia de fs. 165 ha declarado que son herederos de doña Raquel López León sus primos don Pedro León Benites, don Faustino Ezequiel Heredia León y doña Isolina Rivera León vda. de Espinel; que es

nulo el matrimonio contraído por el demandante Carrillo Rivera con la intestada el 16 de agosto de 1941 y la partida matrimonial respectiva.

La Corte Superior ha confirmado dicha sentencia a fs. 220, originando recurso de nulidad de don Luis Carrillo, heredero del demandante.

El derecho de las personas que han sido declaradas herederas de doña Raquel López León está acreditado en autos. La Sociedad de Beneficencia de Lima que apeló de la sentencia en la parte que hacía la declaratoria a favor de don Pedro León Benites, don Faustino Ezequiel Heredia León y doña Isolina Revoredo León vda. de Espinel, se ha conformado con la de vista confirmatoria de la primera Instancia.

La cuestión a decidir es, entonces, el derecho del demandante don Isaac Carrillo Rivera, que representan ahora sus herederos.

Carrillo Rivera sostuvo en el curso del juicio que nunca había contraído matrimonio con doña Juana Quiroz, quien, prestó testimonio en autos en ese sentido. Pero el hecho del matrimonio está probado en la partida de fs. 104, que comprueba que esa ceremonia se realizó en Huaraz el 10 de noviembre de 1910. Y si no fuera esto suficiente, en la escritura pública otorgada en julio de 1911, sobre partición de bienes, aparece interviniendo don Isaac Carrillo Rivera como representante legal de su esposa doña Agripina Juana Quiroz.

De manera, pues, que el matrimonio posterior celebrado por el mismo Carrillo Rivera don doña Raquel López León, adolece de nulidad absoluta y no puede producir derecho hereditario a favor del demandante.

Considero que la sentencia recurrida está arreglada a ley y al mérito de lo actuado y procede declarar que NO HAY NULIDAD en la misma.

Lima, 26 de abril de 1950.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dos de setiembre de mil novecientos cincuenta.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientos veinte, su fecha diecinueve del año último, que confirmando la de primera Instancia de fojas ciento sesenticinco, su fecha nueve de mayo del mismo año, declara sin lugar la demanda de fojas una interpuesta, por don Isaac Carrillo a doña Juana viuda de Espinel sobre contradicción de sentencia; fundada la reconvención

de fojas cuarentinueve, ampliada a fojas setentirés; y en consecuencia, que son herederos de doña Raquel López de León, sus primos don Pedro León Benites, Faustino Ezequiel Heredia León y doña Isolina Revoredo viuda de Espinel; con lo demás que contiene y los devolvieron.

Noriega.— Láinez Lozada.— Cox.— Eguiguren.— Checa.—

Se publicó conforme a ley.— Francisco Velasco Gallo, Secretario.

R. J.P.— 1949; p. 343
JURISPRUDENCIA
I.— En lo Civil

XII,69) *Si no hay descendientes, ni ascendientes, ni cónyuge, ni hermanos, la herencia corresponde a los demás parientes colaterales, excluyendo los más próximos a los remotos. aplicación del art. 771 del C.C.*

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 3374/48. Procede de Lima.

Señor: Doña Sofía y doña Corina Malarín, en virtud de lo resuelto en el procedimiento sumario sobre declaratoria de herederos de doña Teófila Buendía, han demandado dicha declaratoria en la vía ordinaria. La Beneficencia Pública de Lima absolvió el trámite, a fs. 4 y por auto de fs. 7 se acusó rebeldía a los otros demandados doña Teresa Rojas de Buendía, don Tomás Solimano y don Oscar Malarín Velarde. Las demandantes transfirieron sus derechos a don Juan Tubino, quien dedujo a fs. 34 la nulidad de todo lo actuado en razón de que no se había notificado la demanda a los sobrinos de la intestada don Juan Carlos y don Eduardo Alfonso Buendía Rojas, de quienes era también cesionario Tubino; pero en su alegato de fs. 43 se desistió de dicho artículo de nulidad.

Por sentencia de fs. 60, el Juzgado de Primera Instancia ha declarado fundada la demanda y que son herederos de doña Teófila Buendía, doña Sofía y doña Corina Malarín; y por auto de fs. 65 se ha resuelto que los derechos hereditarios declarados corresponden al cesionario don Juan Tubino. La Corte Superior a fs. 95 ha confirmado la sentencia y auto referidos; originando recurso de nulidad de la Beneficencia y de Tubino, quien pretende

que la declaratoria se haga a favor de los sobrinos de la intestada con preferencia al de las primas declaradas herederas.

Es cierto que don Juan Tubino es cesionario tanto de las primas como de los sobrinos de doña Teófila Buendía, pero en el presente juicio ordinario los últimos no han hecho valer sus derechos, pues se limitaron a pedir se cortara el procedimiento en razón de existir la acción acompañada sobre comprobación de la memoria testamentaria de la citada doña Teófila Buendía, acción que se ha declarado infundada. Es sólo en el alegato que se pretende la declaratoria a su favor, petición que resulta extemporánea y que daría lugar a que se resolviera punto no controvertido, pues los precitados sobrinos no reclamaron sus derechos en el presente juicio.

La sentencia del Juzgado y los argumentos que contienen están, pues, de acuerdo con el mérito de lo actuado.

En cuanto al fondo de la cuestión debatida, considera el Fiscal que los documentos acompañados por las demandantes y de que se hace mérito en la sentencia de Primera Instancia comprueba su derecho, pues si bien es cierto que en el procedimiento sumario no se presentaron pruebas instrumentales, las que han presentado ahora producen efectos legales, pues las partidas acompañadas acreditan el entroncamiento.

La Beneficencia de Lima sostiene que las primitivas partidas, o mejor dicho las partidas originales carecían de la firma del párroco, lo que es cierto; pero esa omisión se ha subsanado por mandato eclesiástico que produce efectos legales, ya que no existe plazo fijo dentro del cual pueda hacerse la rectificación de una partida.

Por lo expuesto, el Fiscal es de opinión que se procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, mayo 17 de 1948.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

— Lima, ocho de julio de mil novecientos cuarentiocho.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal y considerando: que en el juicio sobre declaratoria de herederos enla vía ordinaria no es indispensable que se apersonen todos los que tengan derecho a los bienes del intestado, puesto que debatida ampliamente esta cuestión, el reconocimiento tiene que

hacerse en favor de aquellos que tengan y acrediten mejor su derecho: qué es así como, iniciada la acción correspondiente por doña Sofía y doña Corina Malarín Pacheco para que en la vía ordinaria se reconozcan y declaren los herederos de doña Teófila Buendía como parientes dentro del cuarto de consanguinidad, resulta de lo actuado que: con la resolución expedida en la declaratoria de herederos del General don Juan Buendía, que corre a fojas ocho del expediente, acompañado; sobre declaratoria de herederos de doña Matilde Buendía Malarín; de la escritura de partición celebrada entre los herederos del citado General; de la partida de bautismo que corre a fojas veintitrés de este expediente; el escrito de allanamiento de la intestada doña Teófila Buendía Malarín, corriente a fojas quince del expediente acompañado sobre partición de una finca; la resolución de fojas 18 del cuaderno también acompañado sobre declaratoria de herederos de doña Carlota Buendía Malarín y la copia certificada de fojas cincuentidós de este expediente sobre declaratoria de herederos de doña Rosa Buendía Malarín, resulta acreditado el derecho de los sobrinos de la intestada doña Teófila Buendía Malarín que son don Juan Carlos, don Eduardo Alfonso y doña María Teresa Buendía como parientes dentro del tercer grado de consanguinidad; que estando a lo dispuesto en el artículo setecientos setentiuno del Código Civil que establece que tratándose de colaterales el más próximo excluye al más remoto, debe declararse el derecho de los primeros a fin de que quede definido en este proceso con toda precisión a quien debe corresponder la herencia que se debate: que de otro lado, habiendo transferido su derecho, tanto las primas de la intestada doña Sofía y doña Corina Malarín Pacheco, como los sobrinos don Juan Carlos, don Eduardo Alfonso y doña María Teresa Buendía Rojas a favor de don Juan Tubino, es a éste a quien corresponde de pleno derecho los bienes, acciones y derechos que pudieran corresponder a cualquiera de los herederos de la intestada en estas dos ramas: que la alegación hecha por la Sociedad de Beneficencia sobre defectos observados en las partidas bautismales acompañadas, carecen de razón de ser puesto que las omisiones han sido subsanadas y los documentos conservan su fuerza y validez: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas noventicinco, su fecha seis de diciembre del año próximo pasado, que confirmando la de primera instancia de fojas sesenta y su complementaria de fojas sesenticinco, sus fechas veintiséis de abril y tres de mayo del mismo año, respectivamente, declara como herederas de doña Teófila Buendía Malarín a sus parientes

colaterales en cuarto grado, doña Sofía y doña Corina Malarín Pacheco; reformándola y revocando la apelada: declararon que son herederos de la intestada, don Juan Carlos, don Eduardo Alfonso y doña María Teresa Buendía Rojas, como parientes dentro del tercer grado, o quien sus derechos represente como cesionario; sin costas, y los devolvieron.

Portocarrero.— Valdivia.— Noriega.— Cox.— Eguiguren.

Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García, Secretario.

R. de los T.— 1941; p. 433

XII,70) *El art. 771 del C.C. no hace distingos de doble o simple vínculo en la sucesión colateral.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Se ha pedido la declaración de herederos de María Emma Terry Loli, hija legítima de Tadeo Terry y Ana María Loli (fs. 11 y 12).

La madre Ana María Loli, fue hija de Toribio Loli y María Castañeda (fs. 5).

María Sebastiana Loli que pide la herencia, es también hija de Toribio Loli y María Isabel Castañeda Ofs. 4), por consiguiente, hermana de la madre de la intestada.

El argumento del Tribunal para revocar el apelado, que declara heredera a Sebastiana Loli, es, que no ha probado que sus padres hubieran contraído matrimonio, esto es, que no fue hija legítima; no obstante, que en las partidas de bautismo de Ana María y Sebastiana (fs. 4 y 5) aparecen como hijas legítimas de los mismos padres; y en el testamento de fs. 19, declaró don Toribio Loli, que había sido casado y velado con María Isabel Castañeda.

En la hipótesis de las hermanas Ana María y Sebastiana, no sean legítimas, son hermanas maternas, y le correspondería a ésta la herencia de la sobrina, por ser la próxima pariente, con exclusión de los demás, por aplicación del art. 771 del C.C., que no hace distingos de doble o simple vínculo.

Opino que se declare HABER NULIDAD en el recurrido, reformándolo,

se confirma el apelado.

Lima, junio 5 de 1941.

Muñoz

RESOLUCION SUPREMA

Lima, julio 31 de 1941.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 79, su fecha 6 de febrero del año en curso, y reformándola, confirmaron la de primera instancia de fs. 52, su fecha 5 de noviembre anterior, que declara a doña Sebastiana Loli Castañeda de Araoz única heredera de doña Emma María Terry Loli, sin costas; y los devolvieron.— Barreto.— Valdivia.— Pastor.— Benavides Canseco.— García Maldonado.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 101.— Año 1941. Procede de Lima.

R. J. P.— 1952; p. 2698

DECLARACION DE HEREDEROS.— Línea colateral.

XII,71) *1.— Determinación de las pruebas suficientes para establecer el entroncamiento de los herederos por representación colateral.*

2.— No son documentos públicos los expedidos por una embajada acreditada en nuestro país si ellos han sido confeccionados a base de simples informaciones de carácter oficial y documental.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 95/952.— Procee de Ica.

Señor: Graciela Lam Laos demanda la declaratoria de herederos de su tío Francisco Kon Lam, fallecido en Pisco, según partida de fojas una, el 24 de octubre de 1949, sin otorgar testamento como certifican los notarios del lugar. Se acompaña las partidas de fs. 4 y 5, correspondientes a Carlos Emilio, Maximiliano Roberto, Manuel Jesús y Graciela Ideliza Lam Laos, la

don Manuel Jesús Lam Laos, con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Eguiguren.– Sayán Alvarez.– Checa.– Mares.– Valverde.

Se publicó conforme a ley.– Dagoberto Ojeda del Arco.– Secretario.

R. de los T.– 1941; p. 466

XII,72) *La hermana paterna de un intestado que no tiene la calidad de hijo reconocido, no es su heredera.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Alejandro I. Mondragón, falleció intestado, y según su partida de bautismo de fs. 55, fue hijo ilegítimo, no reconocido de José Mercedes Mondragón y Manuela Alarco.

María Fidela Mondragón, que pretende la herencia a título de hermana del intestado, es según partida de fs. 44, hija ilegítima reconocida de José Mercedes Mondragón y Agustina Ríos.

No es como se ve hermana paterna, porque el intestado no está reconocido y legalmente no puede considerársele como hijo del padre de la pretendiente a la herencia.

No es tampoco hermana materna porque son hijos de distintas madres.

En consecuencia, opino que se declare HABER NULIDAD en la parte recurrida del fallo de vista de fs. 53, que revocando el apelado, declara como heredera del intestado a la citada Fidela Mondragón de Soto, reformándolo se confirme el apelado que declara como heredera a su viuda doña Patricia Prieto.

Lima, setiembre 6 de 1941.

Muñoz

RESOLUCION SUPREMA

Lima, noviembre 25 de 1941.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos

se confirma el apelado.

Lima, junio 5 de 1941.

Muñoz

RESOLUCION SUPREMA

Lima, julio 31 de 1941.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 79, su fecha 6 de febrero del año en curso, y reformándola, confirmaron la de primera instancia de fs. 52, su fecha 5 de noviembre anterior, que declara a doña Sebastiana Loli Castañeda de Araoz única heredera de doña Emma María Terry Loli, sin costas; y los devolvieron.— Barreto.— Valdivia.— Pastor.— Benavides Canseco.— García Maldonado.— Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 101.— Año 1941. Procede de Lima.

R. J. P.— 1952; p. 2698

DECLARACION DE HEREDEROS.— Línea colateral.

XII,71) *1.— Determinación de las pruebas suficientes para establecer el entroncamiento de los herederos por representación colateral.*

2.— No son documentos públicos los expedidos por una embajada acreditada en nuestro país si ellos han sido confeccionados a base de simples informaciones de carácter oficial y documental.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 95/952.— Procee de Ica.

Señor: Graciela Lam Laos demanda la declaratoria de herederos de su tío Francisco Kon Lam, fallecido en Pisco, según partida de fojas una, el 24 de octubre de 1949, sin otorgar testamento como certifican los notarios del lugar. Se acompaña las partidas de fs. 4 y 5, correspondientes a Carlos Emilio, Maximiliano Roberto, Manuel Jesús y Graciela Ideliza Lam Laos, la

don Manuel Jesús Lam Laos, con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Eguiguren.– Sayán Alvarez.– Checa.– Mares.– Valverde.

Se publicó conforme a ley.– Dagoberto Ojeda del Arco.– Secretario.

R. de los T.– 1941; p. 466

XII,72) *La hermana paterna de un intestado que no tiene la calidad de hijo reconocido, no es su heredera.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Alejandro I. Mondragón, falleció intestado, y según su partida de bautismo de fs. 55, fue hijo ilegítimo, no reconocido de José Mercedes Mondragón y Manuela Alarco.

María Fidela Mondragón, que pretende la herencia a título de hermana del intestado, es según partida de fs. 44, hija ilegítima reconocida de José Mercedes Mondragón y Agustina Ríos.

No es como se ve hermana paterna, porque el intestado no está reconocido y legalmente no puede considerársele como hijo del padre de la pretendiente a la herencia.

No es tampoco hermana materna porque son hijos de distintas madres.

En consecuencia, opino que se declare HABER NULIDAD en la parte recurrida del fallo de vista de fs. 53, que revocando el apelado, declara como heredera del intestado a la citada Fidela Mondragón de Soto, reformándolo se confirme el apelado que declara como heredera a su viuda doña Patricia Prieto.

Lima, setiembre 6 de 1941.

Muñoz

RESOLUCION SUPREMA

Lima, noviembre 25 de 1941.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos

fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 53, su fecha 9 de mayo del presente año, en la parte materia del recurso, y reformándola confirmaron la de primera instancia de fs. 29, su fecha 7 de enero anterior, que declara a doña Patricia Prieto vda. de Mondragón única heredera de don Alejandro Mondragón; sin costas; y los devolvieron.— Arenas.— Chávarri.— Ballón.— Pastor.— García Maldonado.— Se publicó conforme a ley.— A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 1116.— Año 1941.

Procede de Lima.

R. de los T.— 1946; p. 19

XII,73) *Si no se prueba el matrimonio de los padres del causante, no está expedito el derecho hereditario de quien alega ser hermano del intestado.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Por el auto de fjs. 25, que quedó firma (fjs. 33), del expediente que se tiene a la vista, sobre declaratoria de herederos, se declaró, como tales, de don Carlos Blackedder, a su cónyuge sobreviviente, doña Esperanza Chiri de Blackadder, y a la hermana del intestado, doña Olga Blackadder de Revoredo, y ello origina, la acción contradictoria que en vía ordinaria, hace valer, la viuda, doña Esperanza Chiri de dicho auto, para que se excluya de la herencia del intestado que, fue su esposo, a doña Olga Blackadder de Revoredo, contra quien dirige la acción, fundándose, en que no ha acreditado su relación de parentesco con el intestado; y negada la acción, al contestar la demanda a fjs. 3, se recibe la causa a prueba, por auto de la misma foja, y se termina el juicio por la sentencia de fjs. 32, cuyo fallo declara fundada la demanda; y que doña Olga Blackadder no es heredera de don Carlos Blackadder, y que en esa parte queda sin efecto, el auto que la declaró tal. Apelada esa sentencia, por el personero de doña Olga, a fjs. 36, al concederse la apelación, por auto de su vuelta, deja constancia el Juez, de no ser exacta la afirmación que se aduce en el escrito de apelación, referente a los expedientes ofrecidos como prueba, y

que afirma haber tenido a la vista. Por Ejecutoria de esta Suprema Corte, de fjs. 46, quedó terminado el incidente promovido en Segunda Instancia; y la Corte Superior, a fjs. 51, revoca la apelada, y declara infundada la demanda, así como válido el auto contradicho, lo que origina recurso de nulidad, de doña Esperanza Chiri de Blackadder, concedido a fjs. 52.

La misma parte de doña Olga B. de Revoredo, conviene, en que no se ha probado el matrimonio de don Santiago Blackadder con doña Elena Blachau, que fueron los padres del intestado, y pide que se abra a prueba la causa en Segunda Instancia, para acreditarlo, con las declaraciones de los testigos que ofrece, a fjs. 43, lo que quedó desechado, por la Ejecutoria Suprema ya mencionada, de fjs. 46, de modo pues, que por propia afirmación de la demandada, y no pudiendo acreditarse el matrimonio con testigos, ha quedado establecido, en autos, que no se ha probado la existencia del matrimonio legítimo, de los padres del intestado, y como la demandada se titula hermana, no existiendo la prueba de ese matrimonio, así resultara de la partida de fjs. 8 del expediente de declaratoria de herederos, que la demandada fuera hija de los mismos padres del intestado, no eran hermanos legítimos, por no estar acreditado, que esos padres fueron casados.

Pero hay algo más: la partida de fjs. 8, establece, que la madre de la demandanda, era doña Elena Blackadder, y según está acreditado en autos, la madre del intestado, don Carlos Blackadder, fue doña Elena Blachau, lo que viene a ratificar, que no hay prueba de que sean hermanos de padre y madre; y respecto de los parientes ilegítimos, el artículo 772 del C.C., da derecho únicamente a los hijos ilegítimos, para heredar, si lo son reconocidos voluntariamente, o por sentencia, respecto de la herencia del padre y de los parientes de éste; y todos, respecto de la madre, y de los parientes de ésta, sin que haya disposición alguna que establezca ese derecho de heredar, entre hermanos ilegítimos, que no están en la condición de los fijados en el artículo 762, y por consiguiente la simple partida que figura en la declaratoria de herederos, ante las razones que se dejan aducidas, no es bastante para justificar el auto contradicho; la prueba testimonial actuada en el juicio de división y partición, además de que por su condición de tal, no puede considerarse tal prueba dentro del presente juicio ordinario, ella, en todo caso, daría derecho, para que, la demandada, pudiera pedir alimentos de sus padres, pero no, para heredar al que dice ser su hermano; y es sabido que un error en una partida, se subsana, en la forma que lo manda el C.C. y el de

Procedimientos Civiles, pero mientras no sea salvado en esa forma legal, la simple suposición de que es tal, no puede servir de fundamento, a una Resolución Judicial y por todo ello, concluye este Ministerio, opinando que la Corte Suprema, debe declarar que HAY NULIDAD en la Resolución Superior recurrida, de fjs. 51; reformándola, confirmar la de Primera Instancia de fjs. 32, que por las consideraciones que contiene, ampara la demanda, y declara nulo el auto contradicho, en la parte que instituye heredera, a doña Olga Blackadder de Revoredo.

Lima, 14 de diciembre de 1945.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 24 de diciembre de 1945.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas cincuentiuna, su fecha veinticinco de octubre último reformándola confirmaron la apelada de fojas treintidós, su fecha veinticinco de junio del presente año, que declara fundada la demanda de fojas una, y, en consecuencia, que doña Olga S. Blackadder, no es heredera de don Carlos Blackadder; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

Señores. Valdivia.— Portocarrero Samanamud.— Mata.— Lavalle.

Se publicó conforme a ley. José Merino Reyna.— Secretario.

Causa No. 1958.— Año 1945. Procede de Lima.

XII.— LOS HEREDEROS LEGALES

La ejecutoria XII, 1) de 20 de noviembre de 1930 resolvió en el sentido de que los bienes de que no dispuso el testador, sin haber éste en testamento instituido heredero universal voluntario, habiendo sólo establecido legados, corresponden (dichos bienes sobre los que no dispuso) a sus herederos legales. Puede otorgarse testamento sin designarse heredero universal. Esto es lo primero que cabe recalcar en el presente caso. Pero el testamento responde entonces a otra finalidad: instituir legados particulares, mandas. La cuestión que interesa, y que fue a lo que se contrajo la ejecutoria, reside en determinar

el destino que corresponde al patrimonio del *de cujus,* sobre lo cual no se dispuso en mandas. Ese patrimonio remanente tiene que venir a corresponder a los herederos legales. Se trata de aplicar el inc. 2o. del art. 758. De allí la pertinente cita que aparece en el dictamen fiscal.

La ejecutoria XII,2) de 22 de mayo de 1954 resuelve un caso distinto. El testador dispuso de algunos bienes en legados particulares; pero además designó a un heredero universal. En esta hipótesis los bienes que no fueron objeto de las respectivas mandas, vienen a corresponder a ese heredero voluntario universal; no pasan, pues, a los herederos legales, ya que si no ¿para que serviría la institución del heredero universal testamentario? . Por eso es que el inc. 3 del art. 758 concierne a un supuesto diferente del que corresponde al inc. 2 del mismo dispositivo legal. La ejecutoria resolvió, en conclusión, acertadamente el asunto planteado.

La ejecutoria XII,3) de 9 de noviembre de 1971, consagra el derecho de libre disposición de una persona, en cuanto por testamento deja todo su patrimonio a una persona como heredero voluntario, si ésta es su cónyuge (que, de otro lado, tendría derecho, de no haber testamento, a su legítima por los dos tercios a que se refiere el art. 700); por lo cual no cabe que otra persona que no tiene el carácter de heredero legitimario, pueda solicitar que se le reconozca derecho alguno en la herencia como sucesor simplemente legal, pues ello no está admitido de acuerdo al inc. 1o. del art. 758. Esto, porque el testamento así aludido, elimina a otras personas, ya sea debido a que no son herederos necesarios, o a que no concurren dentro llamamiento sucesorio *ex testamento,* por lo cual carecen de todo *heridatatis titulus.* Quiere decir, que no se da el supuesto de *intestato meritur,* para que se reclame la herencia como heredero legal simplemente, por algún peticionario.

La ejecutoria XII,5) de 8 de junio de 1958, consagra la solución que aparece del art. 762, cuando concurren hijos legítimos e ilegítimos, siendo el caso de destacar, por lo demás, que dicha ejecutoria no califica lo que viene a corresponder a un beneficiario de un seguro de vida como heredero, lo que es acertado, pues el seguro no constituye herencia, ya que el tomador del seguro puede tomar una póliza designando como beneficiario a quien determine, libremente.

Las ejecutorias XII,6) de 8 de julio de 1959; XII,7), de 8 de julio de 1964; XII,8) de 9 de mayo de 1964, confieren derechos hereditarios a los hijos legítimados, con el mismo carácter que los legítimos siendo

relacionables con el punto los arts. 760, primera parte, 761 y 317, respectivamente. La ejecutoria XII,9) de 13 de julio de 1938, también se refiere a reconocer derechos sucesorios a hijos legitimados, con el mismo carácter que hijos legítimos, teniendo en consideración en el caso que origina le ejecutoria, la circunstancia a que se refiere el art. 157.

La ejecutoria XII,10) de 25 de mayo de 1951 trata de un asunto consistente así: doña Dolores Sambrano, cuando aun no se había disuelto su matrimonio con don José Figueroa, casó con don Carlos Boggio Seminario, actuando con mala fe la esposa y presumiblemente de buena fe el marido, habiendo sido declarado nulo ese segundo matrimonio de Dolores Sambrano. Con respecto a la herencia de don Carlos Boggio, la resolución suprema reconoce llamamiento legal en favor del hijo, don Carlos Boggio Sambrano, con el carácter de hijo legítimo, pero no en favor de la esposa Dolores Sambrano, por aplicación del art. 157. La decisión se adapta, efectivamente, a lo que resulta del mencionado dispositivo legal, en cuanto en su segundo apartado establece que "si hubo mala fe de uno de los cónyuges el matrimonio no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos". Conforme se colige de la ejecutoria, se consideró que hubo buena fe de parte del segundo marido, Carlos Boggio, aunque no se probara ésta, pero sin que tampoco se probara que hubiese existido mala fe, presumiéndose, por ello, la buena fe; es decir que se tuvo en cuenta el principio de *bona fides praesunitur, nisi mala fides adesse probetur;* es decir, que se aceptó en el caso tratado, una presunción *juris tantum* de buena fe.

La ejecutoria XII,11) de 30 de octubre de 1940, decidió con referencia a derechos hereditarios de hijos legitimados. Don Teodosio León, de cuya herencia se trata, tuvo en relaciones con doña Felipa La Madrid, cuando ésta última estaba casada con don Julio Menendes, dos hijos, Pablo y Teodosio León La Madrid. Fallecido Julio Menéndez, celebraron matrimonio Teodosio León y Felipa La Madrid. Al morir Teodosio León se solicitó su declaratoria de herederos, pidiendo se les declarase como tales, a doña Felipa La Madrid, como esposa, y a los hijos antes mencionados, Pablo y Teodosio León La Madrid, como hijos legitimados. También pretendieron la herencia como hijos ilegítimos reconocidos, Ana Rosa León Porras y Mauricia León Garrido, reconocidas por su padre. En lo que respecta a estas dos hijas no hubo discusión. Pero en lo que concierne a los dos hijos de Teodosio León habidos en sus relaciones con Felipa La Madrid, surgió la cuestión acerca de si tenían

derechos como hijos legitimados (al casarse Teodosio León con Felipa La Madrid). La ejecutoria decidió que tenían el carácter de hijos legitimados, por aplicación del inc. 1o. del art. 314 (aplicación procedente, según el dictamen fiscal, por haber fallecido el causante el 15 de noviembre de 1945, es decir, ya vigente el actual Código). Desde luego, estando al punto de partida antes enunciado, tenía que reconocerse una *hereditatis apelatio* a los hijos anteriormente mencionados de Teodosio León. Efectivamente, el inc. 1o. del art. 314 del Código actual confiere la adquisición de hijo por legitimación, por el simple hecho del matrimonio de los padres. De tenerse en consideración el derecho romano, como la *legitimatio per subsequens matrimonium* no tenía efecto para los hijos sino cuando el matrimonio era factible en el momento de la concepción por el padre, no hubiere sido operante en el presente caso, ya que cuando nacieron los hijos, la madre estaba casada con persona distinta a don Teodosio León. Inspirado en el mismo criterio el Código de 1852 estableció en sus arts. 264 y 266 que sólo podían ser legitimados por subsiguiente matrimonio los hijos naturales; no, por consiguiente otra clase de hijos ilegítimos. El Código actual no ha hecho distinción entre hijos ilegítimos, y el art. 314 no repite las limitaciones antes acotada. Desde este punto de vista, la ejecutoria al declarar como herederos del causante a Pablo y a Teodoro León La Madrid con el carácter de hijos legitimados, no es objetable, y la delación sucesoria viene a apoyarse en el art. 760. Pero creemos que falta una indicación fundamental dentro del dictamen fiscal de la sentencia de la Suprema, cual es la consistente en la fecha del matrimonio entre Teodosio León y Felipa La Madrid, si dentro de la vigencia del anterior Código, o del actual, pues en el primer supuesto no se hubiera podido generar el *status* de hijos legítimos, por los arts. 264 y 266 recordados. No interesaba, pues, la muerte del causante, que fue el asunto que interesó al dictamen fiscal, y al cual se refirió (5 de noviembre de 1941) para acotar que tal fallecimiento se produjo dentro del Código actual, sino lo que interesaba era la fecha del matrimonio de que se trataba, porque ello era el elemento determinante para calificar la condición de los hijos: *tempus regit actum*, según debiese aplicar el Código derogado o el vigente, por la diferencia antes remarcada existente entre ambos, en lo que hace al punto tratado.

La ejecutoria XII,22), de 9 de noviembre de 1942, reconoció el derecho de los hijos ilegítimos a la herencia de su padre. El causante, don Santiago Acosta, reconoció como su hija ilegítima a doña Berta Victoria Acosta

Araujo, habida en sus relaciones con doña Victoria Araujo. La objeción formulada contra el derecho en favor de la hija, consistió en que dicha doña Victoria Araujo estaba casada con don Manuel Vera cuando la antedicha Berta Victoria Acosta Araujo naciera, haciéndose invocación del art. 299. La ejecutoria atribuyó plena eficacia al acto del reconocimiento antes referido, en cuanto él determinó la relación de filiación ilegítima respectiva, sin que ésta debiese quedar afectada por la condición de la madre de quien fuese reconocida como hija ilegítima de su padre, don Santiago Acosta, o sea, por tratarse de una hija adulterina en cuanto a lo concerniente a la madre. Nuestro código no hace distinción de clases, dentro de hijos ilegítimos; todos ellos tienen vocación hereditaria, siendo del caso recordar los arts. 760, 761 y 762. Así, pues, se explica la solución adoptada por la ejecutoria antes referida.

La ejecutoria XII, 14) de 4 de junio de 1938, consagró solución idéntica a la anterior.

La ejecutoria XII,15) de 3 de agosto de 1953, resolvió que los hijos ilegítimos no reconocidos que habían nacido durante la vigencia del código civil de 1852, carecen de derecho de demandar el reconocimiento judicial de la paternidad, y de heredar al padre, quien había fallecido encontrándose en vigor el actual código. La ejecutoria da lugar a diversas apreciaciones. En primer término, no es aceptable la declaración que formula en el sentido de que el hijo ilegítimo no puede heredar al padre simplemente por el hecho de haber nacido antes de la dación del actual código. Claro está, sin embargo, que se trataba de hijos no reconocidos, en cuyo caso por esta razón no tenían derecho a heredar aunque se aplicase el Código vigente. Pero tampoco es aceptable la afirmación de que tales hijos no hubieran podido solicitar su reconocimiento judicial al amparo del nuevo Código. Este es un caso en que por la naturaleza de la relación jurídica respectiva la ley tiene efecto retrospectivo, rigiendo las situaciones familiares preexistentes. Es cuestión distinta, que en el caso tratado no se hubiese producido reconocimiento judicial de los hijos, por lo cual la ejecutoria no les concedió derecho hereditario. Pero la declaración de principio, contenida en la ejecutoria, en base de lo expresado por el dictamen fiscal, es errónea, pues contradice el mandato de la segunda parte del art. 1830.

La ejecutoria XII,16) de 1o. de julio de 1952, sostuvo la tesis de aplicar la segunda parte del art. 1830, para el efecto de hacer operante el Código

vigente, en cuanto a reconocer derecho hereditario a hijos ilegítimos, que no tenían ese derecho conforme al Código anterior (hijos adulterinos), si tales hijos habían sido reconocidos por el causante (condición *sine qua non,* por lo demás, para tener derecho hereditario en calidad de hijo), por el hecho determinante para decidir la legislación competente, de que el deceso se produjo estando en vigor el actual Código.

La ejecutoria XII,19) de 22 de mayo de 1951, decidió concerniente a la herencia de Alejandro Barúa Ganoza sobre un caso de concurrencia entre cónyuge sobreviviente, Emilia Gonzales Orbegoso, y una hija ilegítima, Alejandrina Barúa deLeón Ramírez. No hubo cuestión en cuanto al *hereditatis titulus* de la primera, ni en cuanto a la segunda. Según la referencia del dictamen fiscal resultó comprobada (dentro el juicio respectivo, ordinario) la condición de hija ilegítima de Alejandrina Barúa de León Ramírez, declarándose el respectivo reconocimiento judicial en mérito de pruebas suficientes, como las exigidas por el art. 366. En tal condición tenía derecho a la herencia, en mérito del art. 760 y la ejecutoria decidió, así, en concurrencia con la esposa, quedando eliminadas de toda *atributio heredis* las hermanas del fallecido, quienes primeramente en el procedimiento sumario del art. 1212 y s. del C.P.C. habían sido declaradas herederas en concurrencia con la esposa; de modo que fue en procedimiento contradictorio, ordinario, que se estableció el llamamiento sucesorio de la hija ilegítima, según lo dicho antes. La eliminación de las hermanas resultó indudable, estando a la enunciación jerárquica de órdenes del art. 760. Dentro del juicio se arguyó en contra de la pretensión de Alejandrina Barúa de León Ramírez, que había nacido estando casada su madre, Concepción Navarro con don Venturo Morales, y la cuestión mereció esforzada discusión, pero en verdad tal circunstancia argüida carecía de interés para decidir sobre el fondo del asunto, relativo al derecho de la hija ilegítima, ya que reiteradas ejecutorias se han pronunciada en el sentido de que la condición de hijo adulterino no es impedimiento para heredar, pues el actual Código no hace distinción de clases entre hijos ilegítimos, de modo que todos tienen ese derecho hereditario. La ejecutoria no se refirió a la respectiva *pars hereditaria* de cada una de las participantes, que tuvo que ser la resultante del art. 765, es decir, que a la esposa vino a corresponder el doble que a la hija ilegítima.

Para diferir la herencia a una persona como descendiente del causante, es preciso que se demuestre el entroncamiento respectivo. Así, en el caso del

nieto que pretenda la herencia del abuelo, habiendo premuerto el hijo de éste último (padre del pretendiente a la herencia), es preciso que el nieto compruebe el entroncamiento de su supuesto padre con el padre de éste último (el abuelo, cuya herencia se reclama por el nieto). El entroncamiento entre las personas que representan los diversos grados, tratándose de sucesión entre descendientes, es pues, indispensable, y así en el caso presente se requería ese entroncamiento, que por faltar, dió lugar a que no se reconociese el derecho hereditario de parte del nieto en la herencia de su sediciente abuelo, aplicándose la regla de *sublato filio de medio, nepos succedit loco filii.* En tal sentido, es inobjetable la solución dada por la ejecutoria XII,23) de 19 de mayo de 1945.

La ejecutoria XII,26) de 2 de enero de 1957, se refirió al caso de Don Enrique Orihuela, quien por testamento designó como herederos universales a su esposa y a su hija ilegítima por partes iguales; la primera invocó los artículos 765 y 762 para efecto de que se considerase con derecho al doble de la porción que le corresponde a la segunda. La ejecutoria resolvió ser fundada la demanda considerando que el causante puede disponer hasta del tercio de libre disposición según el art. 700. Aparece que la ejecutoria tiene razón en este punto, y aunque el testador no hablase de esa facultad de libre disposición, se puede entender que quiso favorecer a la hija ilegítima. Mas, nos parece que debió ser más explícita la ejecutoria, en el sentido de que se detrayese del tercio la cantidad necesaria, para que sumada a la porción de la hija como cuota legal, dentro de los dos tercios no disponibles de acuerdo a los art. 762 y 765 (mitad frente a la cuota legal de la cónyuge), se alcanzase la mitad, en total de la herencia en favor de la hija. No es aceptable, como lo dice la ejecutoria, que no debe tenerse en consideración los arts. 762 y 765.

Las ejecutorias XII,43) de 22 de abril de 1963, XII,34) de 30 de marzo de 1940, XII,54) de 16 de mayo de 1951, aplicaron el art. 767, conforme al cual si el consorte y uno de los padres heredan, se divide la herencia por mitades; y si el primero hereda con los dos padres se divide la herencia en tres partes iguales. No importa que las gananciales del cónyuge *supervivens,* exedieran a esa tercera parte como herencia legal, porque seguramente se pensó (sin decirse) que el art. 704 se limita al caso de concurrencia del cónyuge con los hijos, conforme al art. 765.

No coincidimos con las ejecutorias XII,43), y XII,54), en cuanto a la solución de que no se aplique el art. 704. Aquí, como en el caso de

concurrencia de cónyuge y hermanos, se incurre en idéntica equivocación, al no aplicar el art. 704, estimando que éste opera cuando se trata de concurrencia de hijos y descendientes con el cónyuge. Equivocación, pues no encontramos argumento suasorio para lo contrario frente al hecho que es decisivo, que el art. 704 está dictado como norma general en cuanto a la limitación de la cuota legal viudal, y el art. 765 es sólo una confirmación de esta regla general, como resulta de su texto, al utilizar la palabra "aplicándose".

Las ejecutorias XII,17) de 31 de octubre de 1956; XII,28) de 26 de noviembre de 1956; XII,29), de 22 de marzo de 1963; XII,59) de 31 de octubre de 1956; XII,46) de 4 de enero de 1968; XII,44) de 24 de noviembre de 1954; XII,57), de 15 de setiembre de 1965; XII,32) de 21 de noviembre de 1957; XII,49) de 11 de enero de 1951, se refirieron a la concurrencia sucesoria de cónyuge y de hijos ilegítimos del causante. La cuestión interesante reside en que con respecto a algunas de ellas se planteó la cuestión de que si se aplica el art. 704, en el sentido de que si los gananciales exceden o alcanzan la cuota legal del cónyuge, éste pierde su *jus delations*. Las ejecutorias XII,46); XII,57); XII,28); XII,29), decidieron que el cónyuge no perdía ese derecho, es decir, que era inaplicable el art. 704. La ejecutoria XII,32) decidió en el sentido de la aplicación del art. 704 citado. No puede haber hesitación acerca de que este último criterio es el que debe prevalecer. Ha de tenerse en cuenta que el art. 765 no hace distinción alguna entre herederos legítimos e ilegítimos para tal aplicación del art. 704, de modo que no cabe distinguir donde la ley no distingue. La indicación sobre la legitimidad de los descendientes sólo aparece respecto a la segunda parte del art. 765, pero no respecto de la primera parte, donde precisamente se habla de la aplicación del art. 704. No interesa para nada que en la primera parte del art. 765 se haga mención de hijo legítimo, pues esto solo concierne a la cuota legal que debe corresponder al cónyuge sobreviviente. Nada más. No interfiere en lo relativo a la perdida de la cuota hereditaria, por aplicación del art.704.

Las ejecutorias XII, 33), de 20 de octubre de 1965, XII, 42) de 23 de agosto de 1963, XII,30) de 17 de setiembre de 1957, XII,35) de 19 de julio de 1951, XII,31), de 16 de abril de 1953; XII,36) de 5 de agosto de 1960; XII,56) de 16 de junio de 1953, resolvieron que concurriendo en la herencia dejada por una persona el cónyuge superviviente y sus hermanos, aquélla percibe además de sus gananciales, así superen o lleguen a la cuota legal, lo que

por esta última le corresponde, o sea la mitad, correspondiendo la otra mitad a los hermanos. Para esta solución se tiene en cuenta el art. 768. Pero no se aplica el art. 704, de modo que el cónyuge no pierde su derecho a la cuota legal, pese al texto que es propio a dicho art. 704 en concordancia con la tendencia francamente predominante en la jurisprudencia nacional, de que el art. 704 sólo tiene aplicación en el caso del art. 765, o sea cuando el cónyuge concurre con hijos o descendientes. La ejecutoria XII,37) de 6 de diciembre de 1949; XII,30) de 4 de diciembre de 1944; XII,39) de 30 de mayo de 1940, resolvieron en sentido diverso al anterior, en cuanto a que el cónyuge concurrente con hermanos pierde su cuota legal si sus gananciales exceden de esta cuota, por aplicación del art. 704, propugnando así al parecer que lo ordenado es este último artículo rige en todo caso en que el cónyuge con vocación, concurran con otros herederos, es decir, con descendientes, ascendientes y también hermanos, y no exclusivamente en el caso de concurrencia con descendientes (de que trata en particular el art. 765)· perdiendo pues el cónyuge el derecho a la cuota legal. Nosotros particularmente coincidimos con lo que estas ejecutorias deciden, pues el art. 704 por su ubicación y texto, amplanta una regla general, es decir, para todo caso, siendo el supuesto del art. 765 uno meramente confirmatorio de la regla general del art. 704.

La ejecutoria XII,58) de 8 de octubre de 1953, resolvió un caso consistente en concurrencia del cónyuge y hermanos del causante, habiendo dispuesto el causante de una parte de libre disposición, representativa del tercio de que habla el art. 700, en favor de su hermano. Se debatió lo que en definitiva debe corresponder al cónyuge de un lado y a los hermanos de otro habiéndose formulado tres pareceres:

1o. Que a los hermanos debía corresponder dos tercios y a la consorte supérstite un tercio (sentencia de primera instancia, de segunda instancia, vista fiscal).

2o. Que a la consorte debía corresponder dos tercios y a los hermanos un tercio (sentencia suprema).

3o. Que a la consorte deberá corresponder la mitad y la otra mitad a los hermanos (voto singular de Sayán Alvarez).

Nosotros no hayamos asidero de convicción para el tercer punto de vista, pues nos parece llevaría a aplicar simplemente el art. 768, como si no hubiese la facultad de libre disposición que en general se concede y que

ampara el art. 700 (hasta el tercio), y el art. 701 (hasta la mitad). El segundo punto de vista nos parece erróneo, pues se basa en que indicándose la cuota reservatoria en favor del cónyuge, en dos tercios conforme la disposición 700, debe en todo caso obtener éste último nunca menos de esos dos tercios, aunque concurra con hermanos y haya disposición testamentaria (libre disposición) en favor de éstos. El error aquí reside en confundir la parte legitimaria, la reserva necesaria, con la cuota legal, que pueden no coincidir. Comúnmente se confunde heredero legitimario con simple heredero legal. De aceptarse ahora el punto de vista examinado, se faltaría a la división instituida en el art. 768. La legítima, en el caso que uno de los herederos se halle en los supuestos del art. 700 (y así, el cónyuge), es la parte de la herencia indisponible. Nada más. De allí deriva la cuota legal, es decir, después de haberse hecho la reducción por motivos de legados, por la libre disposición permitida, hasta el tercio de que habla el art. 700. Esa cuota legal en el caso *sub examen* viene a ser de dos tercios, divisible en dos partes iguales (dos cuota legales), entre el cónyuge y los hermanos, por aplicación del art. 768. El primer punto de vista nos parece el que es acertado, en cuanto le es dable al causante hacer uso de la facultad de disposición que le concede el art. 700, pudiendo ser los legatarios cualesquiera personas. Nada prohibe, naturalmente, que sean los hermanos del *de cujus*. No cabe que haya duda sobre que en el caso tratado los hermanos tenían derecho a un tercio, por legados. En cuanto a los otros dos tercios, que vinieron a ser la legítima, ellos representaron lo que correspondían a los llamados por ley a la sucesión. Por tanto, los hermanos tenían derecho a su cuota legal, simplemente como herederos legales. ¿En favor de quienes se debe reconocer derecho a las cuotas legales respectivas? En favor de todos aquellos a quienes se les otorga el correspondiente *jus delationis*; en el caso presente se encontraban los hermanos, de un lado, y el cónyuge, de otro lado, a tenor del art. 768, haciéndose la división por partes iguales. La legítima del art. 700 es sólo para limitar la porción de libre disposición. Pero las cuotas legales respectivas se determinan *a posteriori*, sobre lo que resta, detraida la porción de libre disposición. La legítima, por eso, puede no coincidir con las cuotas legales (Así en el caso de las cuotas legales de hijo legítimo e ilegítimo, a pesar de que para uno y otro la legítima es la misma, de dos tercios, conforme al art. 700). Repetimos que en relación a la ejecutoria ahora estudiada, nos parece que se incurrió en una confusión entre legítima y cuota legal. La legítima es

una porción del caudal hereditario de la que no puede disponer el testador, cuando hay herederos reservatarios. La porción de libre disposición sólo funciona como una que no debe comprometer la legítima. Se basa en un criterio limitativo al respecto. Nada más. Si hay cónyuge, u otros parientes de los indicados en el art. 700, la libre disposición no puede ir más del tercio, y los dos tercios restantes determinan el *jus delationis* respectivo, es decir, en favor de quienes están llamados por la ley como herederos. En esa porción restante, después de detraida la porción de libre disposición, concurren todos quienes tienen llamamiento legal, es decir, que puede comprender a distintos herederos, pero legalmente llamados por la ley para repartirse la herencia de que se trate, aparte del tercio antes mencionado. La porción que corresponda a cada heredero concurrente, su *pars hereditaria* respectiva, constituye la culta legal. Desconocer el derecho de los hermanos, junto con el cónyuge, como herederos con llamamiento legal, pese a lo establecido en el art. 768, es desconocer el carácter de *heredem esse* del hermano de que se trate, por motivo de una carencia de discriminación pulcra entre legítima y cuota legal.

La ejecutoria XII,40) de 29 de agosto de 1939, decidió de conformidad con el art. 770, que el cónyuge no tiene *vocatio successoria*, si ha muerto antes del año de celebrado el matrimonio, salvo si hubiese tenido hijos. La sentencia se atuvo a los términos precisos del dispositivo legal, no recogiendo la sugerencia del Fiscal, en el sentido de atribuir el derecho de sucesión a la mujer, pese a que el matrimonio no había tenido duración del año, dada la circunstancia de que había existido anteriormente una relación concubinaria. La ejecutoria estuvo en acierto, pues era del caso presente el que se aplicase el principio de *a textu non recedere*.

Las ejecutorias XII, 41) de 25 de junio de 1960, XII,45) de 12 de abril de 1957, XII,47) de 4 de octubre de 1952; XII,48) de 22 de noviembre de 1954; XII,50) de 10 de junio de 1959, no reconocieron derecho hereditario al cónyuge por haberse presentado el supuesto, de que el matrimonio no duró el plazo que exige el art. 760, o sea, que la muerte acaeció antes del tiempo determinado de un año, no existiendo la circunstancia de que hubiera hijos. En el caso de la última ejecutoria citada, se estimó fundamente que esa circunstancia no se presentó, pues aunque la madre, causante de la herencia, estaba embarazada al morir, murió al mismo tiempo que el *conceptus*, funcionando lo indicado en la última parte del art. 1o.

En la ejecutoria 51) aparece resolviendo que debiendo reconocerse valor

a la partida matrimonial parroquial (producida antes de la vigencia del Código actual), en mérito del inciso 3o. del art. 400 del Código de Procedimientos Civiles y teniéndose en cuenta el art. 1827 del Código, el cónyuge vinculado al causante por matrimonio religioso tiene vocación sucesoria idónes y, por lo tanto, excluye a los sobrinos del fallecido conforme al respectivo *successio ordinum,* que aparece del art. 760 y al que es adherente el art. 766. En el mismo sentido de preminencia excluyente en el orden sucesorio del cónyuge sobre los parientes colaterales de tercer grado, se pronunció la ejecutoria XII,52) de 2 de octubre de 1942. La ejecutoria XII,53) de 22 de marzo de 1967, resolvió una cuestión relacionada con un caso de bigamia y sobre los derechos hereditarios de la esposa putativa estando viva la primera esposa. La ejecutoria estableció que la esposa putativa no tenía derecho a participar en la herencia en lo concerniente a la cuota viudal; ésta pertenece únicamente a la mujer vinculada al matrimonio primero, válido y subsistente, dándose desde luego el supuesto de que ella perviva. Aunque la esposa del segundo matrimonio hubiese procedido de buena fe, ello no lleva a la consideración de lo que expresa el art. 157, al punto de hacer decaer el derecho perteneciente a la primera esposa legítima, ni lleva a la no delación de la cuota viudal. La buena fue y sus efectos que establece el art. 157, sólo daría lugar a derecho hereditario a la esposa en el caso de la bigamia, en el supuesto de que no hubiese lugar para la asignación de la cuota sucesoria a la mujer que contrajo el primer matrimonio, por haberse disuelto dicho matrimonio. La ejecutoria es completamente acertada.

La ejecutoria XII,55) de 18 de setiembre de 1954, resolvió en igual sentido que la ejecutoria XII,53) al decidir que aunque se hubiese celebrado un segundo matrimonio ello no confiere ningún título hereditario, a la segunda esposa de modo que la cuota sucesoria viene a corresponder únicamente a la esposa supérstite del primer matrimonio. En lo que se refiere a los hijos habidos en ese segundo matrimonio bígamo, si hubo buena fe en uno de los cónyuges, aquéllos tienen derecho hereditario como hijos ilegítimos habidos en ese matrimonio. Tal es lo que aparece en la ejecutoria citada XII,55). A los hijos del primer matrimonio, teniendo el carácter de hijos legítimos, se les reconoció como tales sus derechos sucesorios. Pero por la ejecutoria XII,60) de 29 de setiembre de 1941, se había reconoció a la segunda esposa, pese a que la primera esposa vivía en el día de la muerte del marido, derecho sucesorio, por cuanto procedió de buena fe. Se advierte que este criterio quedó

modificado por las ejecutorias posteriores producidas, antes citadas.

La ejecutoria XII,67) de 12 de agosto de 1950, establece la prelación gradual en los órdenes sucesorios, en cuanto el padre ocupa un grado preferente ante parientes colaterales del causante de herencia, según lo que aparece del Art. 760, representando el tercio y el quinto grado respectivamente.

La herencia en el caso en que vino a recaer la ejecutoria fue disputada entre el padre y los sobrinos del heredado; el primero reconoció al hijo sobre cuya herencia se litigó; la filiación ilegítima, establecida mediante reconocimiento por parte del padre, como ocurrió en relación al respectivo caso de que ahora se trata, concede capacidad sucesoria recíproca entre el padre e hijo, salvo el caso de excepción del Art. 362, que seguramente no se dio en el presente caso.

La ejecutoria XII,68) de 2 de setiembre de 1950 reconoció derecho de la herencia a los sobrinos del causante, en cuanto el pretenso marido de la difunta, de Doña Raquel López, es decir, don Isaac Carrillo Ribera, no tenía realmente vínculo sucesorio legítimo, pues el matrimonio que realizara con dicha Raquel López fue nulo, por estar el mismo Carrillo Ribera casado con Doña Juana Quiroz, alcanzándole pues la nulidad prevista en el inciso 5o. en el Art. 82. Es por eso que los sobrinos de la causante fueron declarados herederos como los parientes colaterales que acreditaron el parentesco con la causante, funcionando el artículo respectivo, el 771.

La ejecutoria XII,69) de 8 de julio de 1948, reconoce el mejor derecho sucesorio a parientes en tercer grado de consanguinidad, como son los sobrinos frente a los primos hermanos, funcionando el orden instituido en el art. 760, el cual habla en la primera parte, de "pariente colaterales del tercer grado y cuarto grado", dando a entender con ello que los primeros tienen preferencia con respecto a los segundos, aplicándose pues la indicación del art. 771, en atinencia a parientes colaterales, sobre que el más próximo excluye al más remoto. Se consagra así el principio de que el *proximus cognatus* elimina al más lejano.

La ejecutoria XII,70) de 31 de julio de 1941, aplica las reglas del art. 771, que concernientemente a parientes colaterales dice que la herencia corresponderá a las respectivas personas del grado a tomar en cuenta, sin distinción de líneas ni de doble o simple vínculo, trátase de una línea calificable de legítima o ilegítima, o solamente por un vínculo simple, ya sea

paterno o ya sea materno. El art. 771 habla de parientes colaterales, exceptuando a los hermanos, pues dice "si no hay ni descendientes ni ascendientes ni cónyuges ni hermanos". Esto lleva a plantearse la cuestión que si cabe hacer distingo por razón de la clase de líneas, legítima e ilegítima de parentesco, o por razón de doble o simple vínculo (hermanos germanos o no) entre hermanos concurrentes a la herencia. No es el caso en la ejecutoria XII,69) de fecha 8 de julio de 1948, en que los herederos como sobrinos tuvieron su título hereditario, pues ahora en la ejecutoria XII,70) se trata de hermanos.

Pues bien, tiene que aplicarse la solución del art. 771, por la razón de que el Código no dice en que proporción diferente se distribuirá la herencia entre hermanos u otros herederos colaterales, según distinción por líneas o según relación por doble o simple vínculo. Esto parece injusto tratándose de hermanos de vínculo doble, de un lado, o de vínculo simple, de otro lado, pues hay siempre que suponer una mayor acercamiento afectivo entre hermanos germanos que entre hermanos unilaterales, por motivos que son obvios; más en nuestro Código por la falta completa de diferenciación en lo referente a las cuotas hereditarias en el supuesto a que ahora nos referimos sería imposible no adoptar el criterio de la distribución paritaria entre todos los hermanos sin distrinción de doble o simple vínculo.

XIII

LA HERENCIA VACANTE

R. de los T.— 1942; p. 492

XIII,1) *No procede declarar en juicio sumario vacante una herencia.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En escrito que corre a fs. 2 (antes fs. 4), fechado en Ica el 29 de diciembre de 1940; don Víctor Granados Pacheco, en representación de su señora madre, doña Honoria Pacheco viuda de Granados, conforme al poder bastante que en copia certificada corre a fs. 13, pide la declaración de herederos de don Oscar Pacheco y Pacheco a favor de su mandante, en su condición de hermana, por no existir otros herederos con mejor derecho.

El fallecimiento de don Oscar Pacheco y Pacheco consta de la partida de fs. 1, y de la partida de bautismo de fs. 9 aparece que era hijo de don Miguel Pacheco y de doña Laura Pacheco.

Para probar el entroncamiento de la peticionaria doña Honoria Pacheco viuda de Granados, se presenta la partida bautismal de fs. 8 que se refiere al bautismo de doña María Honoria como hija natural de "M. Pacheco y de doña Carmen Vera".

Como el nombre del padre no figura sino con iniciales y ese supuesto padre no firma la partida, resulta que la peticionaria no es hija natural reconocida y la partida ni siquiera demuestra que el padre mencionado lo sea don Miguel Pacheco. Como según el art. 350 del Código Civil sólo el reconocimiento o la sentencia declaratoria de paternidad pueden acreditar la filiación paterna ilegítima, resulta que la partida bautismal presentada no acredita el parentesco de hermana que invoca doña Honoria Pacheco viuda de Granados para que se le declare heredera de don Oscar Pacheco y Pacheco.

El Juzgado de Ica en resolución de fs. 25 vta. su fecha 19 de agosto de 1940, dispone que la declaración de herederos de don Oscar Pacheco y Pacheco debe hacerse en vía ordinaria, y esta resolución ha sido confirmada por la Corte Superior de Ica a fs. 36, con fecha 7 de enero de 1941.

El señor Fiscal de la Corte de Ica, en su dictamen de fs. 35 y la Beneficencia Pública de Ica en su recurso de fs. 37, invoca el art. 773 del Código Civil piden que se declare vacante la herencia, pasando en consecuencia los bienes a dicha Sociedad de Beneficencia.

Es indudable que la señora peticionaria no ha acreditado su derecho a que se le declare heredera.

Según el art. 1218 del Código de Procedimientos Civiles, la declaración de herederos sólo puede hacerse a favor de las personas que hayan acreditado su derecho con prueba instrumental y si no existe esta prueba, debe resolverse que la declaración de herederos se haga en vía ordinaria. Dada esta disposición legal, dictada cuando estaba vigente el antiguo Código Civil, es evidente que en el juicio sumario no puede declararse heredera a la Beneficencia, porque según el art. 883 del antiguo Código, la Beneficencia hereda a falta de parientes dentro del 6o. grado, y de cónyuges, y tal hecho negativo, no puede ser materia de prueba instrumental que requiere la declaración de herederos en juicio sumario conforme a la disposición procesal citada.

El nuevo Código Civil establece quienes son los herederos legales, y el art. 773 no declara precisamente heredera a la Beneficencia, sino que establece que a falta de los herederos legales que el mismo Código señala, la herencia se declarará vacante llenados determinados requisitos, y entonces los bienes que constituyen dicha herencia, pasan a la Beneficencia.

En consecuencia, aun cuando la peticionaria no ha acreditado su derecho, no procede en juicio sumario declarar vacante la herencia, y conforme a la terminante disposición del art. 1218 del C. de P.C. ya citado, procede resolver que la declaración de herederos se haga en la vía ordinaria.

Por todo lo expuesto, opino que no hay nulidad en el auto recurrido; salvo más ilustrado parecer.

Lima, 18 de octubre de 1941.

Manuel C. Gallagher.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 22 de noviembre de 1941.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal; declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas treintiséis, su fecha siete de enero del año en curso, que confirmando la de primera instancia de fojas veinticinco vuelta, su fecha diecinueve de agosto anterior, manda que la declaratoria de herederos de don Oscar Pacheco y Pacheco se siga en la vía ordinaria: condenaron en la multa de doscientos soles y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Zavala Loayza.– Barreto.– Ballón.– Pastor.– Velarde Alvarez.

Se publicó conforme a ley con autorización del Tribunal.– B. Vivanco M.

Cuaderno No. 803.– Año 1941.– Procede de Ica.

R. de los T.– 1939; p. 103

XIII,2) *Estando a lo dispuesto por el art. 773 del C.C., la falta de notificación a la Beneficencia, de la sentencia que declara herederos de un intestado, no anula lo actuado.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Siendo parte en este procedimiento, la Beneficencia del lugar como lo establece el art. 1214 del C. de P.C., debe notificarse la sentencia de primera instancia, omisión que causa nulidad.

Opino que se declare nulo el recurrido, para que se subsane la omisión anotada.

Lima, abril 24 de 1939.

Muñoz

RESOLUCION SUPREMA

Lima, mayo 16 de 1939

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal y estando a lo dispuesto en el art. 773 del C.C. vigente, declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 66, su fecha 19 de octubre de 1938, que confirmando la de primera instancia de fs. 58, su fecha 27 de julio del mismo año, declara como única y universal heredera de don Toribio Vega López a su cónyuge sobreviviente doña Fortunata Herrera vda. de Vega; con lo demás que contiene; condenaron en la multa de 200 soles oro y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.– Barreto.– Cárdenas.– Ballón.– Lavalle.

Mi voto es porque se declare NULA la sentencia de vista E

INSUBSISTENTE la apelada para que se notifique con esta a la Sociedad de Beneficencia de conformidad con el dictamen del señor Fiscal.– Zavala Loaiza.– Se publicó conforme a ley.– M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No. 1799.– Año 1938. Procede de Ancash.

R. de los T.– 1944; p. 411

XIII,3) *Declarada la vacancia de una herencia debe establecerse en la misma resolución que corresponde tal herencia a la Beneficencia del lugar.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Por resolución de fs. 34 vta., el Juzgado de Primera Instancia de Iquitos, dispuso, que la declaratoria de herederos del intestado, don Manuel Lincón Chung, se hiciera en la vía ordinaria, y por ello, doña Carmen Ríos Grandez, hace valer acción ordinaria, para que se instituya heredera del intestado a su hija, Estela Chung, sobrina de aquel; y don Eusebio Lozán y don Isaac Tang, también hace valer acción ordinaria, para que se declare como heredero único del intestado a su hermano, a cuyo nombre hablan (fs. 121), en forma de contradecir la resolución anterior, pero después modifican su demanda a fs. 126, en el sentido de acción ordinaria simplemente; y oído el Agente Fiscal a fs. 150, se sentencia a fs. 151, declarando infundadas las demandas ya mencionadas, y vacante la herencia dejada por el intestado; y como esta resolución es confirmada por la de fs. 170, la Ríos interpone recurso de nulidad, concedido a fs. 172. Cabe advertir que la Beneficencia Pública ha intervenido en todo el curso del juicio.

Como lo demuestra la sentencia de Primera Instancia, no hay en autos, prueba convincente que pueda establecer entroncamiento entre el intestado y las personas para quienes se pretende la herencia; y por consiguiente, está bien declarada vacante; pero como el art. 883 del C.C., antiguo, y el 773 y el 774 del vigente, establecen, en forma preceptiva, que cuando no hay herederos de ninguna clase, o sea la herencia resulta vacante, debe instituirse heredera a la Beneficencia del lugar y así lo sanciona también el art. 1219 del C. de P. C., el

Fiscal opina que la Corte Suprema debe declarar, que NO HAY NULIDAD en la resolución de vista confirmatoria recurrida; pero ampliándola, en el sentido de que la herencia vacante corresponde a la Sociedad de Beneficencia Pública del lugar.

Lima, setiembre 11 de 1944.

Palacios

RESOLUCION SUPREMA

Lima, setiembre 22 de 1944

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce; y estando a lo dispuesto en el art. 774 del C.C.: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 170, su fecha 9 de agosto de 1943, que confirmando la apelada de fs. 151, su fecha 7 de enero de 1941, declara infundadas las demandas de fs. 121 y 37 y en consecuencia vacante la herencia de don Manuel Lincón Chung; correspondiendo la mencionada herencia a la Sociedad de Beneficencia Pública de Iquitos; sin costas; y los devolvieron.— Valdivia.— Portocarrero.— Ballón.— Pastor.— Benavides Canseco.— Se publicó conforme a ley.— A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 1037.— Año 1944. Procede de Loreto.

R. J. P.— 1950; p. 61

XIII,4) *No procede declarar la vacancia de la herencia dentro del procedimiento sumario de declaratoria de herederos, si hay pretendientes que deben acreditar su derecho en la vía ordinaria.*

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 946/948. Procede de Ayacucho.

Señor: En el procedimiento sobre declaratoria de herederos de doña Mercedes Sosa, o Gutiérrez, según expresan los pretendientes a la herencia don Julián Bustíos y don Feliciano Gutiérrez, el Juzgado de Primera Instancia de Huanta en la sentencia de fs. 23 ha declarado el fallecimiento intestado de

doña Mercedes Sosa, y que los interesados hagan valer su derecho en la vía ordinaria, denegando la petición de la Beneficencia de Huanta para que se declare la vacancia de la herencia y se le entreguen los bienes, de la intestada. La Corte Superior de Ayacucho, a fs. 36 vta., ha confirmado dicha sentencia, originando recurso de nulidad de la Beneficencia.

Dentro del procedimiento sumario sobre declaratoria de herederos no cabe declarar la vacancia de la herencia. Así se infiere de lo que establece el art. 773 del C.C., pues es necesario cumplir los requisitos señalados por el C. de P.C., en su art. 1219.

Opino, en consecuencia, que NO HAY NULIDAD en la recurrida.

Lima, 14 de noviembre de 1949.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de noviembre de mil novecientos cuarentinueve.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas treintiséis vuelta, su fecha trece de setiembre del año próximo pasado, por la que se confirma la de primera instancia de fojas veintitrés, su fecha doce de abril del mismo año, y remite a la vía ordinaria la declaración de herederos de doña Modesta Sosa, solicitada por la Sociedad de Beneficencia Pública de Huanta; y los devolvieron.

Valdivia.— Fuentes Aragón.— Cox.— Pinto.— León y León.

Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García. Secretario.

R. J. P.— 1950; p. 323

DECLARATORIA DE HEREDEROS.— Ordinarización de la causa. Arts. 1218 y 1219 del C. de P.C.— Art. 773 del C.C.

XIII,5) *Cuando por la falta de la prueba instrumental, a que se refiere la última parte del artículo 1218 del C. de P.C., se ordinariza la causa de declaratoria de herederos, no procede: ni que se declare como ta a la Beneficencia ni que se declare la herencia vacante, porque para estas declaraciones es preciso que se*

llenen, previamente, los requisitos exigidos por el art. 1219 del mismo Código.

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 971/949.– Procede de Piura

Señor: La Corte Superior de Piura, en la sentencia de fs. 39 vta., ha confirmado la de Primera Instancia en cuanto declara que don Dionicio Ramírez Jiménez ha fallecido sin otorgar testamento y que la declaratoria de herederos debe hacerse en vía ordinaria; y la ha declarado nula en la parte que declara que el intestado no ha dejado ascendientes ni descendientes con derecho a su herencia. El Fiscal de dicho Tribunal recurre de la precitada sentencia en esta última parte, porque considera que la herencia corresponde a la Sociedad de Beneficencia Pública de Huancabamba.

Conforme al art. 1218 del C. de P.C., la declaratoria de herederos sólo puede hacerse a favor de las personas que hayan acreditado su derecho con prueba instrumental; y si no existe esa prueba debe resolverse que la declaración se haga en la vía ordinaria. En el caso de autos, el peticionario don Julio Ramírez, no ha comprobado en forma alguna su derecho, por lo que es de aplicación la última parte del art. 1218 de que se ha hecho mención.

No procede, como pretende el Fiscal de la Corte Superior de Piura, que se resuelva que la herencia corresponde a la Beneficencia de Huancabamba, porque ello importaría o declararla heredera, sin tener este carácter, como es de verse del art. 773 del C.C., o declarar vacante la herencia, lo que no procede sin que se llenen previamente los requisitos exigidos por el Art. 1219 del C. de P.C.

Opino, en consecuencia que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 12 de noviembre de 1949.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintidós de noviembre de mil novecientos cuarentinueve.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas

treintinueve vuelta, su fecha catroce de julio del año próximo pasado, por la que se confirma en una parte y anula en otra la de primera instancia de fojas dieciséis, su fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos cuarentisiete, y remite a la vía ordinaria la declaración de herederos de don Dionicio Ramírez Jiménez, solicitada a fojas dos por don Julio Ramírez, con lo demás que contiene; y los devolvieron.

Valdivia.— Fuentes Aragón.— Cox.— Pinto.— león y León.

Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García, Secretario.

R. J. P.— 1951; p. 1019

DECLARACION DE HEREDEROS.— Ordinarización del procedimiento.

XIII,6) *Si los intervinientes en un procedimiento no contencioso de declaración de herederos, no acreditan ser tales herederos, debe ordinarizarse el procedimiento, pero no declarar vacante la herencia.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1266/948.—Procede de Puno.

Señor: El Juzgado de Primera Instancia en la sentencia de fs. 216 ha declarado que doña Juana Pinazzo Vda. de Molina falleció sin otorgar testamento; que ninguno de los pretendientes a la herencia ha comprobado su entroncamiento, y que a falta de herederos legales declara vacante la herencia, debiendo pasar los bienes a la Sociedad de Beneficencia de Puno. La Corte Superior a fs. 283 ha confirmado dicha sentencia, originando recurso de nulidad de doña Leonor Gutiérrez viuda de don Benigno Pinazzo Peralta, uno de los pretendientes a ser declarados herederos.

El presbítero don Vicente Pinazzo Pintado otorgó testamento, como es de verse a fs. 24, declarando que eran hijos suyos, naturales reconocidos, Pedro, Benigna, Juana y Enrique Pinazzo, acto jurídico que, dada la época en que se otorgó, es decir, durante la vigencia del C.C. derogado, hay que estimarlo como un documento en que instituye herederos voluntarios, pero que no sirve para comprobar el parentesco entre quienes tituló sus hijos y los descendientes de éstos.

Don Benigno Peralta Pinazzo, hijo de don Enrique no ha probado en forma legal que su padre fuera hermano de la intestada doña Juana Pinazzo, pues no obra en autos la partida de nacimiento o bautismo de ésta y la memoria testamentaria de que se ha hecho mención otorgada por el presbítero don Vicente Pinazzo Pintado, carece de valor legal para este efecto.

Carece de objeto ocuparse de los demás solicitantes de la herencia de doña Juana Pinazzo viuda de Molina, que se conformaron con el fallo de primera instancia.

Opino, en consecuencia, que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la recurrida.

Lima, 5 de setiembre de 1950.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dieciséis de julio de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; con el voto escrito del señor Vocal doctor Cox, que rubricará el Secretario; y considerando que en la declaratoria de herederos de doña Juana Pinazzo de Molina, los instrumentos presentados no califican debidamente el derecho que se persigue: declararon HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas doscientas ochentitrés, su fecha catorce de setiembre de mil novecientos cuarenticinco, que confirmando el de primera instancia de fojas doscientas dieciséis, su fecha veintinueve de setiembre de mil novecientos cuarentitrés, declara el fallecimiento intestado de doña Juana Pinazzo viuda de Molina y que todos los bienes deben pasar a la Sociedad de Beneficencia Pública de Puno; reformando el primero y revocando el segundo: mandaron se siga la causa en la vía ordinaria de confirmidad con lo dispuesto en el artículo mil doscientos dieciocho del Código de Procedimientos Civiles; y los devolvieron.

Noriega.— Zavala Loaiza.— Láinez Lozada.— Eguiguren.

Se publicó conforme a ley.— Francisco Velasco Gallo, Secretario.

El Voto del Vocal que suscribe es porque se declare la NULIDAD de resolución de vista de fojas trecientos sesentiocho, su fecha veintiocho de octubre de mil novecientos cuarentisiete, por la que se declara que doña Juana Pinazzo viuda de Molina falleció sin otorgar testamento y que la herencia debe declararse vacante para que los bienes pasen a la Sociedad de

Beneficencia de Puno por cuanto ninguno de los pretendientes ha comprobado su entroncamiento, debiendo en consecuencia declararse asimismo, la nulidad de la resolución de primera instancia que ha sido confirmada. Dicha nulidad la fundo en que habiendo los interesados en la herencia de doña Juana Pinazzo de Molina, presentado documentos con el propósito de acreditar su entroncamiento y por consiguiente derecho a la sucesión, entre ellos la escritura de entroncamiento de hijos naturales otorgada por el Presbítero doctor Vicente Pinazzo y Pintado, su testamento, escritura de transacción entre los mismos interesados, testamento del Presbítero doctor Benigno Pinazzo Paredes, partida de bautismo del mismo, escritura pública de reconocimiento de su hijo natural Benigno Pinazzo Peralta, todo este conjunto de probanzas deben ser debidamente apreciadas en un juicio ordinario sin que sea del caso declarar vacante la herencia, por lo que al dejar consagrada la nulidad de la resolución de vista confirmatoria de la de primera instancia se debe ordenar que la declaratoria de herederos de la intestada se siga en juicio ordinario de confirmidad con el artículo mil doscientos dieciocho del Código de Procedimientos Civiles, en su última parte.

Lima, diez de julio de mil novecientos cincuentiuno. Cox.— Se publicó conforme a ley.— Francisco Velasco Gallo, Secretario.

R. J. P.— 1950; p. 1370
HERENCIA VACANTE.— Arts. 773 y 774 del C.C.—
Responsabilidad del heredero.— Art. 658 del C.C.

XIII,7) *Habiendo sido declarada vacante la herncia y obtenido declaratoria de herederos, a su favor, la Sociedad de Beneficencia Pública, ella responde de las deudas dejadas por el causante hasta donde alcancen los bienes dejados por el intestado, con arreglo al artículo 658 del Código Civil.*

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 299/950.— Procede de Lima.

Señor: Don Enrique V. Galliani, por la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima, interpone recurso de nulidad contra la resolución de vista de fs. 59 en la parte que confirma la sentencia apelada de primera instancia de fs.

44 vta., que manda llevar adelante la ejecución hasta que el ejecutante, don Augusto Wong Cabrera se haga pago de la suma demandada a fs. 4, y en cuanto se condena a la Sociedad al pago de costas.

Acompañando como recaudo el cheque nominativo No. 022702 girado por don Chang Yan en favor de don Augusto Wong Cabrera en 20 de noviembre de 1948, a cargo del Banco de Crédito del Perú, por la suma de S/. 50,464.00, debidamente protestado por carecer de fondos el girador, se presenta a fs. 4 Wong, a cuya orden estaba el cheque, interponiendo demanda ejecutiva contra el girador para que le pagara la suma fijada en el documento, haciendo extensiva su demanda a los gastos de protesto, intereses y costas del juicio. Dictado el auto de pago solicita el ejecutante a fs. 19 que la demanda se entienda con la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima que, como heredera del auto de declaratoria copiado a fs. 20, ha sido declarada heredera del finado Chan Yan En. Hecha la citación, sale a juicio la Sociedad a fs. 24 oponiéndose a la ejecución invocando las razones que el escrito contiene. Corrido traslado de la oposición y absuelto el trámite a fs. 27 se recibió a prueba por veinte días, ofreciéndose y actuándose la que de autos aparece. Previo dictamen del Agente Fiscal, fs. 44, se dicta por el Juez a fs. 44 vta., sentencia por la que se declara fundada la demanda ordenando que se lleve adelante la ejecución hasta que el demandante se haga pago de la suma reclamada, intereses, gastos y las costas.

Apelada la sentencia y previo dictamen del señor Fiscal, doctor Adrianzén Seminario, fs. 58, la Tercera Sala de esta Corte Superior, por resolución de vista de fs. 59 ha confirmado la sentencia de primera instancia en todas sus partes.

El cheque que sirve de recaudo a la demanda y que ha sido girado por Chang Yan En, en título que apareja ejecución, a tenor de lo dispuesto en el inciso 6o. del artículo 591 del C. de P.C. La diligencia de cotejo de fs. 39 convence de que la firma del girador es auténtica, tanto más cuanto que en el curso de la acción no se ha hecho atingencia alguna sobre su autenticidad, punto sobre el cual también se pronuncia a fs. 30 el testigo Chang Kay Yuen, al absolver la cuarta pregunta, así como sobre la efectividad de la deuda que tenía su finado hermano, el girador, en favor del ejecutante.

Se ha pedido que la ejecución se entienda con la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima, porque se ha declarado vacante la herencia de Chang Yan En, fs. 20, y a falta de herederos se ha declarado que los bienes

dejados por el finado corresponden a la Sociedad, con arreglo a ley. El ejecutante limita su acción a la cuantía de los bienes dejados por el causante, bien entendido que si ellos no alcanzan para pagar la suma por la que se demanda, la Beneficencia no está obligada a pagar la diferencia que resultare.

Teniendo en cuenta la naturaleza comercial del documento que sirve de recaudo y que el portador del cheque no ha perdido su acción contra el girador, soy de parecer que NO HAY NULIDAD en la resolución de vista que motiva el recurso.

Lima, 1o. de julio de 1950.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, ocho de setiembre de mil novecientos cincuenta.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; y considerando: que el ejecutante don Augusto Wong Cabrera ha manifestado por su escrito de fojas veintitrés, que el crédito que reclama por la vía ejecutiva se hará efectivo hasta donde alcance el valor de los bienes del intestado, don Emilio Chang Yen, lo que está de acuerdo con el artículo seiscientos cincuentiocho del Código Civil; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuentinueve, su fecha once de enero del presente año, que confirmando la de primera instancia de fojas cuarenticuatro vuelta, su fecha diecinueve de diciembre último, manda llevar adelante la ejecución hasta que el acreedor se haga pago de la suma demandada, intereses y costas, hasta donde alcance el importe de los bienes del intestado; y los devolvieron.

Noriega.— Fuentes Aragón.— Láinez Lozada.— Cox.— Checa.

Se publicó conforme a ley.— Francisco Velasco Gallo. Secretario.

ANALES JUDICIALES.— 1955; p. 94

XIII,8) *Pedida la declaración de herederos por un presunto heredero no puede el juez concluir declarando vacante la herencia si el interesado no prueba su entroncamiento con instrumento suficiente.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Iniciado el procedimiento no contencioso sobre declaratoria de herederos de don Manuel Casimiro, por su hijo don Nicanor Simplicio Casimiro, quien presentó la partida de defunción de fojas una; y llenados los trámites de ley, el prtendiente a la sucesión ofreció la instrumental de fojas seis, consistente en copia certificada de su partida bautismal. El juez, con lo expuesto en el dictamen de fs. 8, que se pronuncia por la ordinarización del procedimiento, declaró a fs. 8 v. el fallecimiento intestado de Manuel Casimiro y vacante la herencia; y como no se interpusiera recurso de apelación, por auto de fs. 11, se declaro que la herencia dejada por el extinto corresponde a la Beneficencia Pública de Huacho. De este auto apela el interesado o demandante, quien presenta la prueba instrumental de fs, 13, 22, 23 y 24. La Superior a fs. 18, confirma el apelado de fs. 11. Se hace uso del recurso de nulidad.

Habiendo quedado consentido y ejecutoriado el auto de fs. 8 v., la resolución de fs. 11 debe producir sus efectos legales, tal como lo ha resuelto el recurrido de fs. 18.

NO HAY NULIDAD.

Lima, 18 de mayo de 1955.

Febres.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenticinco.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que iniciado el procedimiento de declaratoria de herederos por recurso de fojas dos en el que el actor pide que se haga dicha declaratoria en su favor, la resolución final que puso término a ese procedimiento resuelve la declaración de vacancia de la herencia mencionada que no se había solicitado y que era extraña al objeto específico del referido procedimiento de jurisdicción voluntaria, dando lugar así a la sustentación posterior que origina la resolución que viene en grado: declararon NULA la resolución de vista de fojas dieciocho su fecha veintidós de Diciembre de mil novecientos cincuenticuatro; insubsistente el apelado de fojas once su fecha dieciocho de

agosto del mismo año y nulo todo lo actuado desde fojas ocho vuelta a cuyo estado respusieron la causa para que el juez proceda a nuevo pronunciamiento con arreglo a ley, en el procedimiento de declaratoria de herederos de don Manuel Casimiro promovido a fojas dos por don Nicanor Simplicio Casimiro; y los devolvieron.– Eguiguren.– Garmendia.– Valverde.– Alva.– Tello Vélez.– Se publicó.– Walter Ortiz Acha.– Secretario.

Exp. 278/55.– Procede de Lima.

R. del F.– 1956; p. 392

IMPOSIBILIDAD MATERIAL Y LEGAL PARA RECIBIR HERENCIA POR BENEFICENCIA PUBLICA DE RECIENTE CREACION.

XIII,9) *La reivindicación solicitada por una Beneficencia Pública nueva contra otra igual, que ha obtenido los bienes, es improcedente.*
Según el art. 39 del C.C. ley 8128 y reglamentos respectivos, la solemnidad de la instalación determina el principio de la vida jurídica de las Sociedades de Beneficencia, como personas jurídicas de derecho público interno.

Exp. No. 849/52.– Procede de Lambayeque.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El ciudadano francés don Luis Maussens falleció en Monsefú el 10 de setiembre de 1945, sin haber otorgado testamento y seguido el procedimiento no contencioso sobre declaratoria de sus herederos, se sentenció declarándose la vacancia de la herencia y ordenándose que pasaran sus bienes a la Sociedad de Beneficencia Pública de Chiclayo.

La Sociedad de Beneficencia Pública de Monsefú, que se vino a instalar legalmente el 25 de setiembre de 1947, ha contradicho la sentencia anterior, sosteniendo que es a ella a la que le corresponde la herencia por haber vivido el intestado hasta su fallecimiento, en Monsefú.

Tramitada la causa, el Juzgado de Primera Instancia en la sentencia de fs. 26 ha declarado infundada la demanda y confirmada dicha sentencia por la de vista de fs. 35, la Sociedad demandante interpone recurso de nulidad.

Conforme a lo que establece el art. 657 del C.C. desde la muerte de una persona se trasmiten la propiedad y la posesión de los bienes y derechos que constituyen la herencia a aquellos que deben recibirla.

Si cuando don Luis Maussens falleció en Monsefú el 10 de setiembre de 1945 no tenía vida jurídica la Sociedad de Beneficencia Pública de Monsefú, la que recién se instaló, como ya se ha hecho notar, el 25 de setiembre de 1947, obvio es que dicha sociedad demandante no tenía, por imposibilidad material y legal, herencia alguna que recibir.

Según el art. 39 del C.C., ley 8128 y reglamento respectivos, la solemnidad de la instalación determina el principio de la vida jurídica de las Sociedades de Beneficencia, como personas jurídicas de derecho público interno.

Por las razones expuestas, soy de opinión que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 6 de Diciembre de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, doce de junio de mil novecientos cincuentiséis.

VISTOS; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 35, su fecha 27 de agosto de 1952, que confirmando la apelada de fs. 26, su fecha 8 de enero del mismo año, declara infundada la demanda de reivindicación interpuesta a fs. 2 por la Sociedad de Beneficencia Pública de Monsefú contra la Sociedad de Beneficencia Pública de Chiclayo; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

Eguigurén.— Bustamante Cisneros.— Garmendia.— Alva.— Tello Vélez.— Se publicó conforme a ley.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

XIII.— LA HERENCIA VACANTE

La ejecutoria XIII,1) de 22 de noviembre de 1941, y XIII,4) de 22 de

noviembre de 1949 representan una aplicación del Art. 774 en cuanto a herencia vacante y el derecho de la Beneficencia Pública, resolviéndose que sólo debe hacerse tal declaración cuando se acredita el respectivo derecho en procedimiento ordinario y no, por ende, dentro del procedimiento sumario del Art. 1212 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles. Se basan las ejecutorias en la indicación que aparece al final del Art. 773. Mas, no creemos que hay asidero en cuanto a la remisión al Art. 1219 del Código de procedimientos civiles, contenida en el Art. 773, para adoptar el criterio procesal establecido en las ejecutorias. Ese Art. 1219 sólo dice que si nadie se presenta reclamando la herencia dentro del procedimiento sumario, durante el plazo a que allí se alude, se hará la declaración respectiva de herencia vacante, con el efecto del Art. 774. (Por ejemplo, supóngase que un acreedor, de acuerdo al Art. 1212 inicie el procedimiento sumario y nadie se presenta como heredero). Entonces cabe *ope legis* que venga a ser heredero el Estado, en este caso una institución pública como es la Beneficencia Pública. Se trata de un heredero necesario, aunque supletorio, a falta de otros herederos legales o testamentarios. Pero el caso del Art. 1219 del Código de Procedimientos Civiles no tiene por que aplicarse como por analogía a un supuesto, sin embargo, diferente, que es el considerado en las ejecutorias, consistente en que se hayan presentado alguna persona con pretensión hereditaria (y aquí está la diferencia con el supuesto del Art. 1219 del Código de Procedimientos Civiles), pero no ha acreditado su derecho. Entonces no se vé por qué no puede establecerse dentro del mismo procedimiento que se ha producido, del Art. 1212 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles, la solución sobre herencia vacante y que quepa que opere el Art. 774, pues en efecto se ha presentado el supuesto expresado en el Art. 773 de que "no hay herederos legales" (desde luego, tampoco de *lege ferenda*, heredero testamentario), ya que quien la pretendía no ha acreditado su derecho al respecto, de modo que no es heredero. En síntesis, creemos que no es pertinente la exigencia de las ejecutorias, de requerir siempre un procedimiento ordinario para que pueda producirse el caso de declaración de herencia vacante, y así la adquisición de los *bona vacanti* de acuerdo a los arts. 773 y 774.

La ejecutoria XIII,8) de 27 de mayo de 1955, importa una aplicación del Art. 774, porque aunque se presentó una persona como heredera del causante, no acreditó tal carácter. El procedimiento, además, fue iniciado en la vía ordinaria.

La ejecutoria XIII, 9) de 12 de junio de 1956, importa una solución indiscutible. En buena cuenta, la pretensión de una persona jurídica, una beneficencia pública, en la herencia vacante cuando aquella no había adquirido su personalidad jurídica en el momento de la muerte del causante, hace improcedente en absoluto la pretensión. No hubo esa capacidad por inexistencia, en el momento de la muerte del causante, aún de la persona con la necesaria capacidad para que pudiera presentarse como heredera.

La ejecutoria XIII,7) de 8 de setiembre de 1950, es una aplicación de la regla del Art. 658. En efecto, la Beneficencia Pública viene a ser un heredero, de todos modos, por operatividad del Art.774; y en consecuencia pasan a la Beneficencia todos los bienes y derechos del fallecido y también las obligaciones por deudas de éste mismo, con la limitación de establecida en el Art. 658. Es decir, que la responsabilidad es una *intervires* y no *ultravires*.

CAPITULO XIV

LA COLACION

R. J. P.– 1957; p. 1444
ANTICIPO DE HERENCIA.– Nulidad.– Código Civil de 1852.

XIV,1) *1.– No es nula la transferencia de un inmueble hecha por un padre en favor de sus hijos, a título de liberalidad, ya que no se puede reputar como un contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido.*
2.– La única limitación a dicha transferencia es el de colacionar el bien al fallecimiento del padre.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 195/56.– Procede de Arequipa.
Señor:

En el presente juicio seguido por don Felipe Gil Medina con doña Victoria Gil y otros sobre nulidad de anticipo de herencia, por auto de fs. 183 vta., se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por el apoderado de los demandados, contra la sentencia de vista de fs. 180 vta. que revocando en una parte y confirmando en otra la de Primera Instancia de fs. 162, declara fundada la nulidad demandada a fs. 1; con lo demás que contiene,

Con la boleta de la escritura que obra a fs. 159 se ha acreditado que con fecha 11 de agosto de 1932, don Felipe Gil Medina transfirió, con el carácter de anticipo de herencia, a favor de sus seis hijos ilegítimos habidos en doña Guillermina Rosado, ocho topos de terreno, cuya ubicación y linderos se especifican.

El demante don Felipe Gil Medina a fs. 1 ha solicitado la nulidad del referido contrato y la entrega del indicado lote de terreno. Como el contrato cuya nulidad se controvierte, fue otorgado en agosto de 1932, cuando estaba vigente el C.C. derogado, es evidente que deben aplicarse al caso sujeto a materia las disposiciones del citado Cuerpo de Leyes. Es verdad que ni el C.C. del año 1852, ni el vigente se refieren expresamente al anticipo de herencia; pero ello no significa que los citados Códigos admitan el anticipo de herencia, que si bien en forma indirecta y debido a la colación, puede aceptarse legalmente, es evidente que por la naturaleza de la herencia, o derecho sucesorio, resulta contradictorio el acto jurídico de anticipo de herencia; de allí que ambos Códigos, prohiban en forma expresa que se pueda contratar

sobre el derecho de suceder, en los bienes de una persona que no ha fallecido; por lo que, el anticipo de herencia que contiene la escritura pública otorgada por el demandante en agosto de 1932, se halla incurso en el art. 2278 del C.C. derogado y, en consecuencia, debe declararse nulo dicho acto jurídico y la escritura que lo contiene y entregarse al actor el lote de terreno materia de la litis.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista, opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, 14 de mayo de 1956.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, tres de setiembre de mil novecientos cincuentisiete.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal, y considerando, que el acto que contiene la escritura impugnada a fojas ciento cincuentinueve, cualquiera que sea la denominación que se le dé está incurso en el artículo novecientos treinticinco del Código Civil derogado, bajo cuyo imperio se realizó, en virtud del cual toda donación o liberalidad que por cualquier título hayan recibido los hijos o descendientes de sus padres o ascendientes se reputa anticipo de herencia para el efecto de colacionarse; que de acuerdo con este concepto, por dicho acto se trasmite a los presuntos herederos el pleno dominio de los bienes que se les adjudica, con la sola restricción de concurrir a la colación a fin de consultar la igualación de haberes, sin que esto importe una transgresión a la regla contenida en el artículo mil doscientos cincuentidós del citado Código que ha sido reproducida en el mil trescientos treintiocho del vigente, que se refieren a hechos y situaciones diferentes; que estando acreditado que los demandados eran los únicos legitimarios en la época en que se les hizo el anticipo, éste, de acuerdo con su modalidad, no puede ser unilateralmente revocado sino por las causales que para las desheredación señalan los artículos ochocientos treintinueve del Código Civil de mil ochocientos cincuentidós y setecientos trece del vigente, que no se han aducido; y que, por otro lado, la declaración del instituyente, contenida en el instrumento de fojas ciento cincuentinueve, en el sentido de que las tierras adjudicadas las adquirió para sus hijos a quienes las da en propiedad, y que el valor de ellas no excede del quinto de su patrimonio, no ha sido enervada en

forma alguna: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento ochenta, su fecha dieciséis de diciembre de mil novecientos cincuenticinco que declara fundada la demanda de nulidad de anticipo de herencia, reivindicación y pago de frutos interpuesta a fojas una, ampliada a fojas cinco por don Felipe Gil Medina contra doña Victoria Gil de Fuentes y otros; reformándola y revocando la de Primera Instancia de fojas ciento sesentidós, su fecha nueve de setiembre del mismo año, declararon infundada en todas sus partes dicha acción; sin costas; y los devolvieron.— Garmendia.— Maguiña Suero.— Alva.— Lengua.— Cebreros.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha. Secretario.

ANALES JUDICIALES.— 1953; p. 47

XIV, 2) *1.— No cabe alegar prescripción respecto a bienes colacionables, porque ello importaría que la prescripción corriera entre condóminos o comuneros.*
2.— Quienes están obligados a colacionar deberán los intereses legales del valor de los bienes que deben devolver, desde el día del fallecimiento del causante.

DICTAMEN FISCAL

Exp. No. 511/50.— Procede de Huánuco.
Señor:

En el juicio de partición de los bienes causados por doña Rosa de la Puente de Durand y don Jorge E. Durand Fernández Maldonado, la demandante doña Eva Corina Guerrero vda. de don Jorge Durand de la Puente, recurre de la sentencia de vista de fs. 299, en las partes que, confirmando la apelada de fs. 270, declara fundadas las reconvenciones deducidas de fs. 77 y fs. 16; declara infundada la prescripción deducida por la recurrente en Segunda Instancia y manda abonar intereses legales sobre el valor de los bienes colacionables.

La reconvención interpuesta a fs. 16, persigue que los herederos de don Jorge Durand de la Puente colacionen el automóvil e implementos que su madre doña Rosa de la Puente de Durand le entregó en setiembre de 1919, como consta del documento de fs. 143. Existe prueba pericial que comprueba

que la firma de don Jorge Durand de la Puente es auténtica y que fue un hecho real la entrega a éste del automóvil indicado en dicho documento.— La obligación de colacionar dicho vehículo es, pues, imperativa con arreglo al artículo 775 del C.C.

La prescripción opuesta a dicha obligación, carece de fundamento, por tratarse, en el fondo de un bien común, que los condóminos no pueden adquirir por prescripción, y no haber corrido en todo caso el término legal.

En el escrito de fs. 77 se planteó reconvención para que los herederos de don Jorge Durand de la Puente pagaran el importe de los forrajes y pastoreo del ganado de propiedad de aquél que ocupó el bien común denominado Colpa Alta. El hecho del aprovechamiento del forraje y pastos es cierto y en él conviene la propia demandante, quien niega la obligación de pagarlo apoyándose en el artículo 896 del C.C., que es inaplicable, desde que conforme al artículo 899 del mismo Código todos los copartícipes están obligados a reembolsarse de los provechos obtenidos del bien.

El punto referente a los intereses legales del valor colacionable, están expresamente contemplados en el artículo 783 del Código Civil.

Por el mérito de las disposiciones legales citadas, estoy de acuerdo con la sentencia recurrida, por lo que opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la misma.

Lima, 3 de agosto de 1950.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dieciséis de setiembre de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal; y considerando: que conforme a lo dispuesto en el artículo ochocientos noventicinco del Código Civil en la propiedad común e indivisa cada propietario puede ejercer los derechos inherentes a la propiedad, compatibles con la indivisión, entre los cuales se encuentra el de aprovechar de sus frutos en la proporción que corresponde a su participación en la propiedad indivisa; que no se ha probado que el aprovechamiento de forrajes por parte de don Jorge Durand de la Puente haya excedido de la participación que le correspondía a éste en la hacienda "Colpa Alta", poseída: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientas noventinueve,

su fecha quince de mayo de mil novecientos cincuentia, en cuanto confirmando la apelada de fojas doscientas sesentinueve, su fecha quince de junio de mil novecientos cuarentinueve, declara fundada la demanda de división y partición interpuesta a fojas una por doña Corina Guerrero viuda de Durand por sí y en representación de sus menores hijos Narvieck Arturo Jovel, Oscar Augusto y Jorge Grimaldo Durand Guerrero y fundada la reconvención de fojas dieciséis para que se colacione a la masa hereditaria el valor del automóvil marca "Weriot", declararon HABER NULIDAD en la parte que declara fundada la reconvención de fojas setentisiete y manda que el valor total de los forrajes debe aumentar la masa partible para dividirlo por iguales partes entre los nueve herederos, de don Jorge Durand Fernández; reformándola y revocando la de Primera Instancia en este punto: declararon infundada dicha reconvención; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que la sentencia de vista contiene; y las devolvieron.— Sayán Alvarez.— Checa.— Maguiña.— Valverde.— Serpa.

Se publicó conforme a ley.

D. Ojeda del Arco. Secretario.

R. J. P.— 1954; p. 51

REVOCATORIA DE ANTICIPO DE LEGITIMA.— Excepción de prescripción.

XIV,3) *Habiendo sido deducida en segunda instancia la excepción de prescripción y habiéndose omitido en el fallo pronunciarse sobre la misma, es insubsistente dicho fallo.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 210/52.— Procede de Huancavelica.

Señor: En el presente juicio seguido por doña Isabel Boisset con doña Matilde Núñez sobre contradicción de revocatoria de anticipo de legítima, por auto de fs. 468 se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por el apoderado de doña Matilde Núñez contra la sentencia de vista de fs. 461 que confirmando en una parte y revocando en otra parte la de primera instancia de fs. 441 declara fundada la demanda de fs. 1; con lo demás que contiene.

Con el testimonio de escritura que corre a fs. 57 se ha acreditado que en 24 de agosto de 1937 doña Matilde Núñez viuda de Boisset cedió a favor de sus hijas doña Agueda Castro e Isabel Boisset, por partes iguales, los bienes que en dicho instrumento público se indican, inclusive el fundo "Cantuy" y aunque el citado acto jurídico se califica de "anticipo de legítima", es en realidad una donación, que como tal, está sujeta a las disposiciones del C.C. contenidas en los arts. 1466 y siguientes, pues en el citado instrumento público la demandada dona los bienes que indica, con la condición expresa de que las donatarias le pasen una suma anual para su manutención, mientras viva. Apareciendo de autos que la donación fue aceptada por las donatarias con la carga impuesta por la donante, es evidente que el contrato quedó perfeccionado y como contrato bilateral, sólo puede ser rescindible por acuerdo de las partes contratantes, no pudiendo revocarse por la sola voluntad de la donante, de conformidad con lo dispuesto por el art. 1485 del C.C. y aunque, si bien es cierto, que en el caso de autos, no existe ninguna de estas causales, pues el testimonio de fs. 59 aparece que en la escritura de renovación de 11 de setiembre de 1939, la demandada invoca razones diferentes para la revocación, materia de la controversia y sólo hace una ligera alusión a que su hija Isabel le había arrojado de su casa, lo que no se ha probado en autos. Además, con el documento que en copia corre a fs. 44, judicialmente reconocido, se ha probado que doña Matilde Núñez viuda de Boisset recibió de su hija doña Isabel Boisset, una de las donatarias, la suma de S/. 500.00 cumpliendo de este modo la parte de la carga impuesta en el contrato de donación y si de idéntica manera no cumplió con hacerlo la otra donataria, tal incumplimiento no puede perjudicarla, ni menoscabar su derecho, legítimamente adquirido en virtud del citado contrato de donación. La simulación alegada por la demandada no ha sido probada y por el contrario resulta desvirtuada con la prueba actuada, procediendo en consecuencia, declarar fundada la demanda de fs. 1 y en consecuencia, sin valor, ni efecto legal la escritura de revocación de anticipo de legítima, cuyo testimonio corre a fs. 59 y firme y válida la donación o anticipo de legítima otorgada por la demandada a favor de sus hijas Agueda Castro e Isabel Boisset.

Por las consideraciones expuestas y por los fundamentos de la sentencia de vista, opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido, en la parte materia del recurso, salvo mejor

parecer.

Lima, 1o. de diciembre de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiocho de mayo de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que en el otro sí del escrito de fojas cuatrocientos veintiuna de expresión de agravios reproducido a fojas cuatrocientos cincuenticinco, la demandante doña Isabel Boisset Muñoz interpuso en segunda instancia la excepción perentoria de prescripción, sobre la que no se ha pronunciado la sentencia expedida por la Corte Superior, incurriéndose en la nulidad prevista por el inciso décimo del artículo mil ochenticinco del Código de Procedimientos Civiles: declararon NULA la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesentiuna, su fecha trece de enero de mil novecientos cincuentidós; expedida en los seguidos por doña Isabel Boisset Muñoz con doña Matilde Núñez, sobre contradicción de revocatoria de anticipo de legítima, mandaron que la Corte Superior de Huancavelica proceda a nuevo pronunciamiento, subsanando la omisión anotada; y los devolvieron.

Sayán Alvarez.— Checa.— maguiña.— Valverde.— Serpa.

Se publicó.— Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

R. de los T.— 1942; p. 463

XIV,4) *La escritura de adelanto de legítima, no es suficiente para acreditar la propiedad exclusiva de uno de los cónyuges de un bien adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Dispone el art. 750 del C. de P. C., que cuando los títulos que sustentan la tercería no califican el dominio que se invoca, se seguirá la causa en vía ordinaria.

Este es el caso de autos.

En efecto: doña María Smith viuda de Gatjens, interpone tercería, alegando el dominio exclusivo de la casa embargada en la ejecución seguida por Juan Ferraro contra su esposa para el pago de los arrendamientos por la casa, que ocupó la tercerista en compañía de su finado esposo.

Así consta del contrato de arrendamiento de fs. 8, del expediente acompañado.

De donde se infiere, que se trata de cobrar una deuda de la Sociedad legal de la que formó parte la tercerista, y por ministerio de la Ley, es heredera de su finado esposo.

Sustenta la tercería, la escritura de compra de un terreno, efectuada durante el matrimonio, y la escritura de declaración de fábrica, durante la vigencia de la Sociedad legal.

Se presume legalmente, que este inmueble adquirido durante matrimonio, es bien común.

Para desvirtuar esta presunción legal, presenta la tercería un testimonio de la escritura de adelanto de legítima que recibió de su señora madre.

Esta escritura, no es título de dominio del inmueble en favor de la cónyuge, aunque aparezca adquirido a su nombre.

Por el mérito del certificado del Registro de fs. 46 y el de declaración de fábrica, que contiene la escritura de fs. 47; opino que es el caso contemplado en la disposición procesal citada; y en consecuencia que HAY NULIDAD en el recurrido, reformándolo y revocando el apelado, se mande seguir el juicio en vía ordinaria.

Lima, noviembre 18 de 1941.

Muñoz

RESOLUCION SUPREMA

Lima, abril 28 de 1942.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 6o. vta., su fecha 26 de agosto del año próximo pasado: reformándola, y revocando la de primera instancia de fs. 23, su fecha 19 de abril anterior, mandaron que la tercería interpuesta a fs. 8 por doña María G. Smith de Gatjens se siga en la vía ordinaria; y los devolvieron.— Barreto.—

Ballón.— Pastor.— Benavides Canseco.— García Maldonado.— Se publicó conforme a ley.— A. Eguren Bresani, Secretario.

Cuaderno No. 1389.— Año 1941. Procede de Lima.

R. J.P.— 1950; p. 1122

ANTICIPO DE LEGITIMA.—

XIV,5) *Quien adquiere un inmueble, por anticipo de legítima, puede legalmente demandar de aviso de despedido al inquilino, y se hará lugar a la acción si acredita que vive en casa que no es de su propiedad y que es la única que posee.*

DICTAMEN FISCAL

Causa No. 302/950.— Procede de Lima.

Señor: Con fecha 29 de abril de 1948 y por medio del escrito de fojas 1 se presenta al Juzgado doña Rosa Mazzini C. interponiendo demanda de aviso de despedida contra el doctor Augusto Changanaquí Brent ocupante del inmueble de su propiedad ubicado en la calle "Trípoli" No. 324, en la ciudad de Miraflores, que es el único inmueble de su propiedad, que lo necesita para habitarlo porque va a contraer próximo matrimonio; agrega que el predio ha pasado a ser de su propiedad por transferencia que le ha hecho su padre como anticipo de legítima, fs. 65 y que, entre tanto, está ocupando casa alquilada. Admitida la acción y citadas las partes a comparendo, no concurrió el demandado a este acto, recibiéndose la causa a prueba y vencido el término se ha expedido por el Juez la sentencia de fojas 87 que declara fundada la demanda de fojas una y en consecuencia que el doctor Changanaquí Brent debe desocupar el inmueble materia del juicio en el plazo de cuatro meses contados a partir de la citación con la demanda.

Con la escritura de anticipo de legítima de fojas 65 acredita la actora que es propietaria del inmueble cuya desocupación persigue; con la partida de fs. 31, que el 29 de diciembre de 1948 contrajo matrimonio en esta ciudad con don Antonio Bustamante Tamayo; con los recibos de fojas 43 y siguientes, que ha ocupado casa alquilada, fs. 62 y con el certificado del Registro de la Propiedad Inmueble comprueba que no tiene otra propiedad. Adquirido el predio por anticipo de legítima, doña Rosa Mazzini de

Bustamante puede legalmente demandar de aviso de despedida al inquilino, si prueba que es su única propiedad, que vive en casa que no es la suya y que la necesita para ocuparla por haber formado hogar. Probados los hechos que sirven de fundamento a la demanda, la resolución de vista que confirma la de primera instancia está arreglada a ley.

Si la Corte Suprema fuera del mismo parecer puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD.

Lima, 11 de agosto de 1950.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintitrés de setiembre de mil novecientos cincuenta.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas noventisiete, su fecha veintinueve de mayo del presente año, que confirmando la apelada de fojas ochentisiete, su fecha diez de mayo del presente año, declara fundada la demanda de aviso de despedida interpuesta por doña Rosa Mazzini y manda que don Augusto Changanaquí desocupe el inmueble materia de la acción en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la citación con la demanda; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Fuentes Aragón. Eguiguren.– Delgado. Checa.– León y León. Se publicó conforme a ley.– Francisco Velasco Gallo, Secretario.

R. J. P.– 1957; p. 411

DIVISION Y PARTICION.– Reconvención por mejoras y condonación de deudas.

XIV,6) *1.– No procede legalmente elevar la proporción de los hijos legítimos por la mejora hecha a los ilegítimos, porque ella significaría desanaturalizar el derecho de mejoras reconocido por el C.C.*

2.– La condonación de una deuda hecha por el causante en su testamento, no puede considerarse entre las liberalidades

anotadas por el art. 775 del C.C. y por lo tanto no puede colacionarse.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1163/57.– Procede de Arequipa

Señor:

Por auto de fs. 473 se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por doña Angélica Zúñiga viuda de Cárdenas contra la sentencia de vista de fs. 464, ampliada a fs. 470, que confirmando la de Primera Instancia de fs. 347, y auto ampliatorio de fs. 355, declara fundada la demanda de división y partición de fs. 1; fundada en parte la reconvención planteada y que los bienes deben dividirse en la proporción que se indica; con lo demás que contiene.

La sentencia recurrida está arreglada a ley y al mérito de la actuado y de los acompañados, pues, se ha acreditado que los herederos de don Cleto Horacio Cárdenas y los ocho hijos que se menciona, cinco ilegítimos y tres legítimos quienes deben en su condición de condóminos de los bienes fincados al fallecimiento del citado causante, dividirse esos bienes, en la proporción legal correspondiente. En la reconvención planteada, se ha solicitado que se eleve la participación de los hijos legítimos, en vista de la mejora hecha por el testador en favor de los hijos ilegítimos; que se declare nula la cláusula testamentaria que condona la deuda de S/. 12,000.00 a Enrique Horacio Cárdenas; que se deduzca la suma de S/. 5,162.10 como gastos de funeral y luto y que se deduzca también lo invertido en gabelas y contribuciones. La condonación de la deuda hecha en el testamento por el causante en favor de su hijo Enrique Horacio Cárdenas, no puede ser considerada entre las liberalidades anotadas por el art. 775 del C.C. y por lo tanto no debe colacionarse. Los gastos de luto y funeral deben fijarse prudencialmente. Las gabelas y contribuciones deben deducirse en el cuaderno de rendición de cuentas respectivo y no procede legalmente elevar la proporción de los hijos legítimos por la mejora de los ilegítimos, por que ello importaría desnaturalizar el derecho de mejorar reconocido por el C.C.

Por lo expuesto y por los fundamentos de recurrida, opino que NO HAY NULIDAD en el fallo de vista, en la parte materia del recurso.

Lima, 9 de diciembre de 1957.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinticuatro de diciembre de mil novecientos cincuentiocho.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuatrocientos sesenticuatro, su fecha nueve de enero de mil novecientos cincuentisiete, ampliada a fojas cuatrocientos setenta, en la parte materia del recurso, que confirmando la apelada de fojas trescientos cuarentisiete, su fecha once de enero de mil novecientos cincuenticuatro y su ampliatoria de fojas trescientos cincuenticinco, declara fundada la demanda de división y partición interpuesta a fojas una por don Luciano Cruz; fundada en parte la reconvención planteada a fojas doce por doña Angela Zúñiga viuda de Cárdenas y otro; y establece la proporción en que deben dividirse los bienes materia de la acción, entre los cinco hijos ilegítimos, los tres legítimos y la cónyuge, de conformidad a la proporción señalada por la ley; con lo demás que dicha sentencia contiene, condenaron en las costas del recurso a las partes que los interpusieron; y los devolvieron.— Bustamante Cisneros.— Alva.— Tello Vélez.— Valdez Tudela.— García Rada.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

XIV.— LA COLACION

La ejecutoria XIV,1) de 3 de setiembre de 1957, se refiere a un caso que tiene que ver con la colación, figura, tratada en el art. 775 y s. Don Felipe Gil Medina demandó a sus hijos ilegítimos, para que se declarase la nulidad de una transferencia de dominio de un terreno hecha por el primero a los segundos, con el carácter de anticipo de legítima. Aunque la transferencia se realizó en 1932, estando vigente el anterior Código y, por lo tanto, se aplicó a la solución del caso lo indicado por dicho Código, la resolución ofrece interés en relación al actual Código, porque la misma cuestión puede ser considerara en cuanto a éste, ya que la colación representa una figura perfectamente tipificable, en lo que concierne a su naturaleza y sus efectos. Felipe Gil Medina expresó en la respectiva escritura pública, que hacía la transferencia domínica a sus hijos ilegítimos en calidad de anticipo de legítima, como se ha dicho antes, y no apareció una causal justificativa para que se anulase tal transferencia. En la Vista Fiscal para sustentar la pretensión del actor, se cita

el art. 2278 de Código anterior, estimando que se había incurrido en el llamado, *pactum de succedendo,* prohibido según el art. 1252 de dicho C. derogado y en el art. 1338 del vigente. Mas, la referencia a este respecto no es pertinente, como se advierte del mismo acto constituido por la declaración de Felipe Gil Medina. La cuestión fue acertadamente enjuiciada por la resolución suprema. El acto jurídico respectivo quedaba incurso en el art. 935 del Código anterior, que corresponde básicamente al art. 775 del Código actual, sobre la colación. Ahora bien, ésta opera sólo después de la muerte del causante, es decir, que supone una sucesión ya abierta, por razones bien conocidas, que sería ocioso recordar. De este modo, la demanda era infundada, y así lo decidió la ejecutoria.

La colación sólo puede pedirse por otros herederos, puesto que es únicamente en favor de éstos que ella tiene lugar (art. 780) y con la advertencia de que debe tratarse de herederos legitimarios, pues sólo puede tener fundamento en tanto el *donatum* disminuye el *relictum* perjudicando a los herederos con derecho a legítimas (art. 700). Por lo demás, conforme a nuestro Código, la acción de reducción *ad supplendam, ad implendam legirtiman* sólo actúa en relación a liberalidades en favor de hijos y descendientes (art. 775). No cabe, pues, que sea el mismo autor de la liberalidad quien solicite su nulidad. Si esta ha representado un anticipo de legítima, como precisamente fue calificada la transferencia de dominio efectuada por Felipe Gil Medina, no cabe que éste pretenda anular el acto (sólo podría haber invocado una causal de ingratitud).

La ejecutoria XIV,2) de 16 de setiembre de 1953, declaró que era colacionable el valor de un automóvil entregado en vida del causante a uno de sus hijos, aplicando el art. 775. La solución no requiere ningún comentario, tratándose simplemente de la aplicación de la *colatio* prevista en el art. 775. Dentro de esta ejecutoria se estableció, según resulta de la Vista Fiscal, que quienes estaban obligados a colacionar, debían intereses legales del valor de lo colacionable, desde del deceso del heredado; no antes, de consiguiente. Tal es, por lo demás, lo que aparece del art. 783. Ello se debe, como escribe de los Mozos ("La colación"; p. 251) a que los frutos de los bienes sujetos a colación no se deben a la masa hereditaria sino desde el día en que se abre la sucesión; lo cual no es más que una consecuencia del carácter *mortis causa* de la sucesión.

La ejecutoria XIV,6) de 24 de diciembre de 1954, resolvió que la

condonación de una deuda hecha por el causante en favor de uno, de sus hijos, su heredero, no era objeto de colación. No es acertada la solución. La condonación de una deuda es un acto de liberalidad *latu sensu*. En relación a este asunto ha escrito del Mozos ("La Colación", p. 242) que "la condonación de una deuda hecha al heredero por el difunto, ya sea formal, ya resulte de la devolución al mismo del título de la obligación constituye una condonación sujeta a colación".

XV

LA DIVISION Y LA PARTICION

R. Juridica del P.– Año 1968; p 104.
DIVISION Y PARTICION. Arts. 787 y 903 del C. C.

XV, 1) *Los herederos no están obligados a mantener indivisos los bienes que no estuviesen afectos a indivisión forzosa o legal, pudiendo cualquiera de ellos solicitar la partición judicial.*

(Corte Suprema 1a Sala. Causa No 136-1967)

DICTAMEN FISCAL

Señor: Doña Teófila Fernández Arbaiza, interpone demanda contra don Artidoro Espina Charcape y don Pedro Córdova Fernández, sobre división y partición.

La actora solicita la división y partición de los bienes siguientes: "Torón" y "Raymundito o la Villa", con su hijo don Pedro Córdova Fernández, en un 50o/o, para cada uno y el "Arenal" o "La Arenita", un 50o/o, para don Artidoro Espina y el otro 50o/o, para ella y su nombrado hijo Pedro, debiendo también procederse a la división y partición de los bienes comunes, en cuanto a la renta que han producido, los mismos que los detenta el demandado Espina Charcape, demanda que la amplía a fs. 12, para que se comprenda en la división el predio llamado "El Panteón" que se hahará en un 50o/o, para su citado hijo Pedro y el otro 50o/o, para ella, y por último que el demandado Espina, entregue los predios "Raymundito", "El Torón" y el "Panteón" y el 50o/o de los terrenos "El Arenal o la Arenita" y "Río o el Arroyo".

Por recurso de fojas 17, don Artidoro Espina Charcape, contradice la demanda y su ampliación, alegando que es condómino de todos los bienes a repartirse, en un 50o/o, razón por la cual no procede la entrega de los mismos ni mucho menos la renta que también solicita, se divida.

Don Pedro Miguel Córdova Fernández, por recurso de fojas 20, se allana a la demanda.

Don Artidoro Espina Charcape, con los acompañados sobre tercería excluyente de dominio y exclusión de bienes, donde corren los instrumentos de entroncamiento, acredita su vocación hereditaria en un 50o/o, de los predios a dividirse, 50o/o, que lo hereda de su madre doña Gertrudes

Charcape de Córdova, y el otro 50°/o, hereda un 25°/o, por herencia de su citada madre, ya que el 50°/o aludido, le correspondieron en vida a su progenitora, por concepto de gananciales, en su calidad de cónyuge ssupérstite y el otro 25°/o, correspomde a la actora y al demandado, don Pedro Córdova, que en su vocación se ha probado con el testamento de fojas 67.

En consecuencia, por el m-erito de los acompañados, estimo que la sentencia de vista, que confirma la de primera instancia, que declara fundada en parte la demanda y ordena la división y partición de los bienes en la dorma que se indica en el fallo, está arreglada a ley. NO HAY NULIDAD.— Lima, 2 de junio de 1967.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 22 de junio de 1967.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista, que confirmando la apelada. aclarada a fojas ochentitrés, declara fundada en parte, la demanda de división y partición, interpuesta por doña Teófila Fernández Arbaiza contra don Artidoro Espina Charcape y don Pedro Miguel Córdova Fernández; y dispone, en consecuencia, que los bienes que se indican se dividan en la proporción del cincuenta por ciento para don Artidoro Espina Charcape y del otro cincuenta por ciento, veinticinco por ciento para el expresado don Artidoro Espina y veinticinco por ciento, en partes iguales para doña Teófila Fernández Arbaiza y don Pedro Miguel Córdova Fernández, con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Maguiña Suero.— Vivanco Mújica.— Peral.— Carranza.— Portocarrero.— Tudela.

RJ.P.— Año 1958; p 670.

JURISPRODENCIA

1.—DE LA CORTE SUPREMA

DIVISION Y PARTICION.— Convenio privado.

XV, 2) No procede la división y partición judicial de bienes que los interesados ya se han dividido por convenio privado y que están

disfrutando las personas a cuyo favor fueron adjudicados en forma individual y exclusiva.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 988/57.– Peoced de Tacna.

Señor:

En el presente jucio seguido por doña Aurelia Flores de Velasquez y otro, con don Manuel María Flores Saco y otros, sobre división y partición, por autos de fs. 103 vta. se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por doña Aurelia Flores de Velásquez contra la sentencia de vista de fs. 98, que confirmando en una parte y revocando en otra la de Primera Instancia de fs. 85 declara infundada en todas sus partes la demanda.

La sentencia recurrida está arreglada a ley y al mérito de lo actuado, pues los actores pretenden la división y partición de los bienes dejados por sus causantes don José Manuel Saco y doña Celsa Castanón de Saco y se contrae a dos chacras ubicadas en el pago de Capanique y se reclama que dichos bienes se dividan entre los condóminos de esos bienes, doña Grimanesa y don Gaspar Saco, hijos de los citados causantes y como doña Grimanesa también ha muerto, que la parte que le corresponde se le adjudique a sus seis hijos, indicados en la demanda. Consta de autos que don Manuel Saco falleció el 26 de junio de 1883 y que desde esta fecha su viuda doña Celsa, junto con sus dos hijos doña Grimanesa y don Gaspar, continuaron poseyendo las dos chacras, materia de la litis, sin testamento y sin declaratoria de herederos del indicado causante; que al fallecimiento de doña Celsa, que tuvo lugar el 28 de marzo de 1938, sus hijos don Garpar y doña Grimanesa se partieron de hecho las dos chacras, correspondiéndole a esta última una pequeña demasía de 5/8 de partición de aguas y a don Gaspar 300 m^2, demás en la extensión de terreno que le pertenecía, desde cuya fecha cada uno de los citados hermanos ha estado poseyendo y disfrutando de la chacra que recíprocamente se asignaron; por lo que es evidente que dicha partición debe surtir todos sus efectos legales, ya que la partición según lo dispuesto por los artículos 917 y 1122 del C.C. puede hacerse por simple convenio entre las partes sin formalidad alguna, para su validez. Además aparèce de lo actuado que doña Grimanesa contrajo matrimonio con don Carlos Flores y tuvieron seis hijos, quienes se han partido la herencia incluyendo la chacra de Capanique, que su

señora madre heredó de los esposos Sacao-Castanón, y que le tocó en la partición que celebró con su hermano don Gaspar. Pretender que en esta controversia se retrotraigan los hechos y se restablezca el condominio para efectuar nueva partición de las dos chacras anteriormente citadas, es legalmente improcedente.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la recurrida, opino que NO HAY NULIDAD en el fallo de vista, en la parte materia del recurso.

Lima, 21 de octrubre de 1957.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, dieciséis de abril de mil novecientos cincuentiocho.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas noventiocho, su fecha veinte de agosto de mil novecientos cincuentisiete que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas ochenticinco, su fecha veintiocho de mayo del mismo año declara infundada la demanda de partición interpuesta a fojas tres por doña Aurelia Flores de Velásquez y otro contra don Manuel María Flores Saco; con lo demás que contiene; sin costas; condenaron en las del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Bustamante Cisneros.— Alva.— Tello Vello.— Valdez Tudela.— Eguren.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

R. de los T.— 1946; pag. 459

XV,3) *Para que proceda la demanda de partición, es requisito la presentación del título con que se pide.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Aparicio Lluncor Tantachuco demanda la división y partición de los bienes dejados por sus padres, don Nicolás Lluncor y Núñez y doña Rosario Tantachuco de Lluncor; manifiesta que los bienes constan del inventario que corre en cuaderno separado y que la división debe verificarse

entre los tres hermanos legítimos provenientes de ese matrimonio: el solicitante, don José Rosario y don Carlos Lluncor Tantachuco; y como don Arnaldo Lluncor, hijo de don José Lluncor conviene en la acción a fs. 6; la viuda del últimamente nombrado, por su menor hijo Humberto, y los demás hijos ya mayores, también convienen a fs. 9, y don Carlos Lluncor contesta en igual sentido a fs. 11, el Juez da por terminado el procedimiento a fs. 15; y como de la copia certificada de fs. 31 aparece que el menor Humberto Lluncor fue emancipado, este se apersona a fs. 33, conviniendo en la demanda y a mérito de todo ello el Juez sentencia a fs. 35, declarando fundada la acción y ordenando la partición de los bienes dejados por los esposos Lluncor Tantachuco entre los tres hijos, representado, uno de ellos, por sus herederos. Aparicio Lluncor apela a fs. 39, y como el Tribunal Superior confirma la apelada a fs. 44, el mismo Aparicio Lluncor interpone recurso de nulidad concedido a fs. 46. El reclamo de Aparicio Lluncor, tiene por base que en las resoluciones reclamadas se ordena el remate de los bienes y la distribución de su precio.

El artículo 517 del C. de P.C. exige como requisito de la demanda de partición, justificarla con el título con que se pide, y si bien en el caso de autos, esa exigencia legal ha sido llenado por los interesados con la presentación del testamento de don Nicolás Lluncor y Núñez, el padre de los mismos, copiado a fs. 26 del cual resulta ese título, que establece su derecho, y la proporción en que deben repartirse, así como los bienes que allí se enumeran, no sucede lo mismo respecto de la madre, doña Rosario Tantachuco, que según declaración expresa de los interesados, no ha hecho testamento, ni se ha vereficado declaratoria de sus herederos (fs. 30) y por consiguiente no existe el título con el cual piden éstos la partición de los bienes dejados por su señora madre, ni la proporción en que deben dividirse; sin que sea exacto que esa omisión la salva el testamento del padre, copiado a fs. 26, porque conforme a la ley no satisface el título de herederos de la madre. Además; en ese mismo testamento el padre declara que su esposa, la madre de los demandantes llevo bienes propios al matrimonio,y los que él deja los adquirió durante la sociedad conyugal, y como la esposa, ha podido tener otros hijos, mientras no se declare su fallecimiento intestado y se deje establecido quienes son sus herederos, ya que no hizo testamento, no procede la partición de los bienes dejados por la misma en la forma que lo pretenden los demandantes.

Si bien pues esta acreditado el derecho de éstos para partirse, en la proporción establecida los bienes inventariados que les dejó su padre; no lo están los fincados al fallecimiento de la madre, y por tanto resulta fundada la demanda, respecto de lo primero, e infundada e improcedente respecto de lo segundo.— Estando a las consideraciones aducidas el Fiscal es de opinión que la Corte Suprema debe declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia de vista confirmatoria, en la parte que declararon fundada la demanda ordena la partición de los bienes dejados por don Nicolas Lluncor entre sus tres hijos o quienes representan los derechos de uno de ellos; que HAY NULIDAD en la misma sentencia en la parte que confirmando la de primera intancia ordena la partición de los bienes dejados por doña Rosario Tantachuco; reformándola en este punto, y revocando, en el mismo la de primera instancia declarar sin lugar la demanda en lo que a este punto se refiere.

Lima,16 de Noviembre de 1946.

Palacios

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 3 de Diciembre de 1946.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal; cuyos fundamentos se reproducen: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cuarenticuatro su fecha cuatro de enero de mil novecientos cuarentiséis, en la parte confirmatoria de la apelada fojas treinticinco, su fecha veintiuno de agosto de mil novecientos cuarenticuatro que declara fundada la demanda interpuesta por don Aparicio Lluncor Tantachuco respecto a la partición de los bienes dejados por don Nicolás Lluncor entre sus tres hijos o quienes representan su derecho. O sea don Aparicio, don Carlos y don José Rosario Lluncor Tantachuco, representado este último por sus herederos legales; declararon HABER NULIDAD en la sentencia recurrida en cuanto, confirmando también la de primera instancia, declara igualmente fundada la demanda respecto de la división y partición de los bienes dejados por señora doña Rosario Tantachuco; reformando la primera y revocando la segunda; declararon infundada en esta parte la demanda; y los devolvieron.— Señores: Portocarrero.— Samanamud.— Láines Lozada.— Cox.— Eguiguren.— Se publicó conforme a ley.— Jorge Vega García.

Causa No. 2000 Año 1946. Procede de Lambayeque.

ANALES JUDICIALES.– 1972; pag. 97
PARTICICON Y DIVISION.– Improcedencia de la acción

XV,4) *1.– La división y partición tiene que referirse a bienes que existan real y físicamente en el caudal, herencia o patrimonio que pretenda repartirse.*
2.– No puede hacerse la partición de un bien que halla salido del dominio de los presuntos condóminos, por tratarse ya de un bien ajeno.
C. 320-72-Lima.

Lima, veinte de julio de mil novecientos setentidós.–

Vistos; y Considerando: que doña Elisa de Silva Santistevan, manifestando que estuvo casada con do Adolfo Espinoza Chávez, cuyo matrimonio se disolvió por divorcio, solicita la divisón y partición de un bien adquirido durante su vigencia por lo que tuvo la calidd de común, consistente en un negocio denominado "Salón de Belleza Madame Lisette"; que se ha probado que el matrimonio se efectuó en Lima el dieciséis de junio de mil novecientos cincuenta, y que durante la existencia del vínculo matrimonial, se adquirió el negocio instalado en un vehículo, por lo cual el negocio era rodante; que el catorce de enero de mil novecientos sesentitrés, por hallarse separados los cónyuges, la esposa inició juicio de alimentos; que el diecisiete de abril del mismo año, el cónyuge instauró la demanda de divorcio a la que reconvino la esposa y en mérito de esta reconvención se declaró disuelto el matrimonio por sentencia de veinte de agosto de mil novecientos sesenticuatro, confirmada con fecha veintiuno de noviembre del mismo año y declarándose no haber nulidad por este Supremo Tribunal el veintinueve de abril de mil novecientos sesenticinco, como consta de los expedientes acompañados; que mientras tanto y cuando aún no se habían iniciado ni el juicio de alimentos ni el de divorcio referidos, el negocio y el vehículo en el que estaba instalado fue transferido por el marido a don Renán Arturo Loayza Linares con fecha dieciocho de junio de mil novecientos sesentidós, como consta del informe de fojas cincuentisiete emitido por el Registro de Propiedad de la Dirección General de Tránsito (hoy Dirección de Circulación y Seguridad Vial) y del certificado de propiedad corriente a fojas cincuentiocho "A"; que en tal virtud, al momento de pedirse la partición, el veintiuno de diciembre de mil novecientos sesenticinco, el referido bien ya no existía en el patrimonio de la

sociedad legal que formaron los cónyuges Espinoza-de Silva, por haber dispuesto de él el marido; que al fenecer la sociedad legal no se hizo el inventario judicial previsto en el artículo doscientos del Código Civil; que la divisón y partición de bienes tiende a disolver un condominio y se caracteriza por tener un sentido traslativo y es por ello que, por la partición, los condóminos permutan, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudican, en cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican, como lo expresa el artículo novecientos veintidós del Código Civil; que, por tanto, la división tiene que referirse a bienes que existan real y físicamente en el caudal, hacienda o patrimonio que pretenda repartirse; que, en consecuencia, habiendo salido el bien cuya división se pide del dominio de los presuntos condóminos, no cabe, legalmente, hacerse tal partición por tratarse ya de un bien ajeno; que por las consideraciones anteriores el derecho que alega la demandante, podría hacerlo valer, en todo caso, en otra clase de acción, pero no en ésta por no ser procedente: declararon HABER NULIDAD en la sentencia recurrida corriente a fojas ciento treintiocho, su fecha dos de mayo del presente año, que confirmando la apelada de fojas ciento veintidós, su fecha diecisiete de setiembre del año próximo pasado, declara fundada en parte la demanda de división y partición interpuesta a fojas dos por doña Elisa de Silva Santisteban Camanás y, en consecuencia, ordena que el demandado don Adolfo Espinoza Chávez Sifuentes entregue a la actora el cincuenta por ciento del valor del bien materia de la acción; con lo demás que contiene; reformando la de vista y revocando la de primera instancia; declararon IMPROCEDENTE la demanda, y los devolvieron.— S. S. Ponce Mendoza.— Ballón Landa.— León Montalbán.— Llosa Ricketts.— García Calderón.— Se publicó conforme a ley.— Fausto Viale Salazar.— Secretario General.

R. J. P.— 1958; p. 541
DIVISON Y PARTICION.— Procedencia.

XV,5) *Acreditado que el actor y la demandada son los únicos condóminos del inmueble por haber vendido los otros copropietarios sus acciones al primero, procede la división y partición, máxime cuando no se ha probado el derecho hereditario de un tercero.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 705/56. Procede de Huánuco.

Señor:

Con la prueba actuada, especialmente con los testimonios de escritura de fs. 31 y 113 se ha acreditado que los únicos propietarios del inmueble materia de la controversia, son el demandante don Luis G. Rivera T. y la demandada doña Rosa Lovón Mendoza, pues la condómina doña Petronila de la Cruz P. vendió sus acciones y derechos al actor y el otro copropietario hizo igualmente venta de sus derechos, en el citado bien, a la demandada. Además, del testamento otorgado por doña Benita Albino Hinostroza, a que se contrae el documento de fs. 25, aparece que el inmueble cuestionado, fue adquirido durante la sociedad conyugal que existió entre la nombrada testadora y don Mariano Policarpio, teniendo por lo tanto dicho bien, la condición de común y, en consecuencia, doña Benita Albino Hinostroza sólo pudo disponer del 50°/o del citado inmueble, correspondiendo el 50°/o a don Mariano Policarpo y a su fallecimiento a sus herederos, quienes han transferido sus derechos en el bien sub-litis, el que en la actualidad corresponde al actor en ocho décimas partes y a la demandada las dos décimas partes, debiendo por ello, declararse fundada la demanda y su ampliación de fs. 115 y que el citado inmueble debe dividirse en la proporción indicada, entre el actor y la demandada. La reconvención planteada en el otrosí del escrito de fs. 119 para que se declare heredera a doña Rosenda Policarpo de su padre don Mariano Policarpo debe declararse sin lugar, por no haber sido acreditada. La sentencia de vista de fs. 148, ampliada a fs. 149 vta. que confirmando la de Primera Instancia de fs. 135, declara fundada la demanda y la ampliación de fs. 115 e infundada la reconvención; con lo demás que contiene, está arreglada a ley y al mérito de lo actuado.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista, opino que NO HAY NULIDAD.

Lima, 27 de agosto de 1956.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiséis de junio de mil novecientos cincuentisiete.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento cuarentiocho y su complementaria de fojas ciento cuarentinueve vta., sus fechas cuatro y quince de junio de mil novecientos cincuentiséis que confirmando la apelada de fojas ciento treinticinco, su fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos cincuenticinco declara fundada la demanda de división o partición de fojas una ampliada a fs. ciento quince y en consecuencia que el doctor Luis Rivera Tamayo y doña Rosa Lovón Mendoza son copropietarios del inmueble urbano sito en el jirón Ayacucho de la ciudad de Huánuco, y que es fundada la excepción prescripción deducida a fojas ciento veintitrés, con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Eguiguren.— Garmendia.— Maguiña Suero.— Alva.— Lengua.— Se publicó.— Walter Ortiz Acha.— Secretario.

R. J. P.— 1956; p. 831

DIVISION Y PARTICION.— Entre quienes debe hacerse.

XV,6) *Si quien alega haber comproado las acciones y derechos que en la proindivisión tienen varios comuneros, no consigue probar su adquisición, se hará la división y partición considerándose a los condóminos que se afirma han vendido su cuota.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1233/55.— Procede de Arequipa.

Señor:

En el presente juicio seguido por doña Asencia Huerta viuda de Pérez y otra con don Manuel D. Huerta y otros sobre división y partición, por auto de fs. 147 vta. se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por don Manuel D. Huerta contra la sentencia de vista de fs. 144, que confirmando en una parte y revocándola en otra la de Primera Instancia de fs. 121, declara fundada la demanda de fs. 1 y que los bienes que se indican, así como los frutos correspondientes, deben partirse entre los hermanos Manuel, Víctor Miguel, Delia, Asencia y Margarita Huerta, y Arelaida Huerta, en representación de su padre don Flavio Huertas en partes iguales; dejando a salvo el

derecho de Manuel D. Huerta con respecto a los haberes que afirma haber comprado, para que lo haga valer, si le conviene, en la vía legal correspondiente.

La sentencia recurrida está arreglada a ley y al mérito de lo actuado, pues con la copia certificada de fs. 89, se ha acreditado que se ha declarado como herederos de doña María Pilar Suárez de Huerta a don Manuel, don Flavio, don Víctor Miguel, doña Delia, doña Asencia y doña Margarita Huerta Suárez y según la boleta de fs. 106 se ha declarado heredera de don Flavio Huerta a su hija doña Adelaida Huerta, entre quienes se debe dividir los fundos Misanayoc, de Caylloma y la casa de la plaza de Yanahuara, que perteneceron a la causante doña María Pilar Suárez de Huerta, comprendiendo en dicha división los frutos, desde la fecha de la transacción celebrada a fs. 80 de los acompañados aprobada en Julio de 1937, corresponidiéndole una sexta parte a cada uno de los nombrados herederos. El demandado don Manuel Huerta no ha acreditado, que doña Margarita, don Víctor Miguel, doña Asencia y doña Delia Huerta le hayan vendido sus derechos hereditarios en los referidos bienes careciendo de eficacia legal para dicho efecto, los documentos presentados por el nombrado demandado.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista, opino que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido, en la parte materia del recurso.

Lima, 26 de diciembre de 1955.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diecinueve de abril de mil novecientos cincuentiséis.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento cuarenticuatro, su fecha dieciséis de agosto de mil novecientos cincuenticinco, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas ciento y veintiuno, su fecha once de mayo del mismo año declara fundada la demanda de fojas una y en consecuencia que los bienes materia de la acción sean partidos entre los hermanos Manuel, Víctor Miguel, Delia Asencia y Margarita Huerta, y Adelaida Huerta en representación de su padre Flavio Huerta, en partes iguales; declararon insubsistente la sentencia de vista en cuanto deja a salvo el derecho de don Manuel Huerta para que lo haga valer en la vía legal

correspondiente respecto de las haberes que dice haber comprado; y los devolvieron.— Eguiguren.— Bustamante.— Garmendia.— Alva.— Tello Vélez.— Se publicó. Walter Ortiz Acha. Secretario.

ANALES JUDICIALES.— 1954; p. 29

XV,7) *DIVISION Y PARTICION.— Existiendo testamento en que se estipula la distribución de bienes, la acción posterior de división y partición deben contraerse sólo a los bienes que no fueron comprendidos en el acto particional hecho por el propio testador.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. No. 590/51.

Señor: Con el testimonio de escritura que obra a fs. 34, se ha acreditado que con fecha 3 de setiembre de 1933 don Mariano Plácido Macedo Riquelme otorgó testamento (R. J. P. pag. 834, 1954), en el cual, después de hacer una clasificación de sus bienes, en propios, gananciales del primer matrimonio y en gananciales del segundo matrimonio, hace una distribución de casi todos ellos, distribuyéndolos entre sus herederos; pero respecto a la casa de la calle La Merced No. 430 de la ciudad de Arequipa, declara que recién se ha construido y ha sido adquirida últimamente con su esposa doña Herminia Gamero de Macedo, con quien es casado el testador en segunda nupcias, no habiendo tenido hijos durante 27 años de matrimonio y que dicho inmueble debe ser adjudicado a su nombrada cónyuge, en concepto de gananciales, por el valor del quinto de libre disposición, con que según el C.C. de 1852 la favorece con el carácter de legado y por los bienes parafernales de los cuales dispuso el testador, con el objeto de reconstruir la citada casa, en la que se estableció el hogar conyugal. Posteriormente y por escritura pública que en testimonio corre a fs. 39, en 25 de octubre de 1934 don Mariano Plácido Macedo adjudicó la mayor parte de sus bienes a favor de sus cuatro herederos y respecto a la casa de La Merced No. 430, sólo declara que se reserva para hacer sobre los derechos que le corresponden como bien ganancial, disposición testamentaria. Evidentemente que ambos instrumentos públicos no se oponen y al examinarlos se llega a la conclusión de que la escritura de

adjudicación no es sino la confirmación y realización del testamento de 3 de setiembre de 1933, con sólo una pequeña diferencia en lo que respecta a los semovientes que corresponden a cada heredero. Existiendo conformidad entre ambos instrumentos públicos y como el testamento otorgado por Mariano Plácido Macedo en 3 de setiembre de 1933 no ha sido revocado expresamente ni por otro testamento, ni por la citada escritura de adjudicación, es evidente que de conformidad con lo dispuesto por el art. 748 del C.C. vigente debe considerarse que el citado testamento está vigente y como ha fallecido el testador el 27 de mayo de 1946, rigen las disposiciones del testamento de 3 de setiembre de 1933 y el C.C. de 1936, vigente en el momento en que don Mariano Plácido Macedo falleció. Si bien es verdad que el actual C.C. no reconoce la cuarta conyugal, con que el testador favorece a su cónyuge, no menos cierto es que el nombrado causante quiso que su esposa se beneficiara con la propiedad total de la casa ubicada en La Merced No. 430, por lo que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 704 del citado Cuerpo de Leyes, hay que considerar que el testador al hacer la adjudicación de la citada casa en favor de su nombrada esposa, calculó, como lo declara expresamente, lo que correspondería a doña Herminia Gamero de Macedo, por el legado con que la favorece, por su parte de gananciales en los demás bienes de que dispone en favor de sus hijos, por los bienes parafernales de la cónyuge y por lo que le adjudicó por cuarta conyugal. Las adjudicaciones hechas sobre la base del citado testamento y la referida escritura de 25 de octubre de 1934 en favor de los hijos y cónyuge sobreviviente de don Mariano Plácido Macedo son válidas y arregladas a ley; por lo que, la oposición formulada a fs. 13 para que no se incluya en la partición la casa de La Merced No. 430 es legalmente procedente así como también lo es, la oposición formulada para que no se incluya en la división, el mobiliario de dicha casa, por aplicación de lo dispuesto por la segunda parte del art. 200 del acotado y consecuentemente debe declararse fundada la oposición formulada por la cónyuge sobreviviente en el escrito de fs. 2 del cuaderno de inventarios. La sentencia de vista de fs. 162 que confirma la de Primera Instancia de fs. 146 y declara fundadas las citadas oposiciones, está arreglada a ley y al mérito del proceso.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista, opino que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido, en la parte materia del recurso, salvo mejor parecer.—

Lima, 21 de setiembre de 1953.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenticuatro.— Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; y considerando además: que el testador en su testamento de fojas treinticuatro de acuerdo con la facultad que le confiere el artículo setecientos ochentiocho del C.C. hizo la partición de sus bienes entre sus hijos del primer matrimonio y su segunda esposa; que por escritura pública que en testimonio obra a fs. treintinueve efectuó las adjudicaciones respectivas, de conformidad con las disposiciones del expresado testamento; que desde la fecha de estos actos jurídicos hasta la de la presente demanda de partición han transcurrido dieciocho años durante los cuales tanto los hijos como la cónyuge han respetado recíprocamente los derechos emanados del referido acto particional y que por consiguiente la partición demandada debe contraerse sólo a los bienes que no fueron comprendidos en la que dejó hecha el testador: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento sesentidós su fecha dieciocho de junio de mil novecientos cincuentitrés que confirmando la apelada de fojas ciento cuarentiséis su fecha catorce de enero del mismo año declara fundada en parte la demanda de partición interpuesta a fojas una por doña Clara Macedo de Macedo Pastor; y fundadas las oposiciones formuladas a fojas dos del cuaderno de inventarios y a fojas once de estos autos por doña Herminia Gamero viuda de Macedo; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— Sayán Alvarez.— Maguiña Suero.— Valverde.— Serpa.— Tello Vélez.— Dagoberto Ojeda.— Secretario.

ANALES JUDICIALES.— 1953; p. 50

XV,8) *Procede la división y partición de los bienes fincados al fallecimiento del testador, si este en su testamento no ha practicado la distribución con arreglo a ley.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. No. 973/52.— Procede de Lima.

Señor:

En el presente juicio seguido por don Manuel Febres Cavero con doña Elena Medina H. viuda de Febres Odriozola y otra, sobre división y partición, por auto de fs. 166 se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por el actor, contra la sentencia de fs. 160 que confirmando la de Primera Instancia de fs. 141 declara sin lugar en todos sus extremos la demanda de fojas una, sin costas.

Don Manuel Febres Cavero a fojas una entabla demanda de división y partición contra doña Elena Medina H. viuda de Febres Odriozola y doña María Orué; fundándose en que el padre del actor instituyó como herederos testamentarios a su cónyuge doña Elena Medina H. viuda de Febres Odriozola y al demandante, en la proporción de la mitad para cada uno, de los bienes dejados por el testador Dr. Enrique Febres Odriozola, a excepción de la parte de que dispuso en el testamento, por concepto de legados y mejora; pero como su nombrado causante, se ha excedido del límite fijado por el artículo 700 del C.C. demanda, además de la partición de los bienes, la caducidad de las disposiciones contenidas en las cláusulas sétima, octava, novena, décima y décima primera del referido testamento y la colocación de todo el dinero efectivo, joyas, muebles, útiles y enseres que hubieren recibido las demandadas, ya que el testador dejó de administrar sus bienes por motivo de enfermedad. Manifiesta, además, el demandante, que los bienes que deben comprender la partición, son los especificados en las cláusulas sexta, sétima, octava, novena y décima del testamento citado y que dichos bienes deben dividirse en la siguiente proporción: un tercio para doña Elena Medina H. viuda de Febres Odriozola, otro para el actor y el tercio restante para que se distribuya entre la nombrada viuda y la legataria, doña María Orué.

Con la copia certificada de fs. 134 del testamento otorgado por el Dr. Enrique Febres Odriozola, se ha acreditado, que en la cláusula quinta, el testador instituyó como sus herederos, al demandante en su condición de hijo y a doña Elena Medina H. de Febres en su condición de cónyuge, estableciendo que sus herederos debían dividirse sus bienes en partes iguales, correspondiéndole la mitad a cada uno de ellos, exceptuando los bienes de que dispone el testador en legados y mejora. Por la cláusula novena el Dr. Febres Odrizola deja en calidad de legado, a su fiel empleada doña María Orué, el inmueble de la calle Torres Paz números 812 al 820, cuyos linderos especifica y además una faja de terreno de tres metros de ancho, el garage que

se encuentra a la derecha entrando y el altar, imágenes y demás objetos del culto, que existen en el Oratorio de la Clínica. El causante del demandante, declara en la cláusula undécima, que si el legado que deja a doña María Orué es menor que el tercio de libre disposición, conforme a la valorización que se haga la diferencia hasta completar dicho tercio, se debe adjudicar a su esposa doña Elena Medina H. de Febres, en calidad de mejora. Habiendo realizado el testador Dr. Enrique Febres Odriozola la partición de sus bienes en la forma que aparece de las cláusulas glosadas, de su testamento citado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 788 del C.C. no procede la división y partición solicitada por don Manuel Febres Cavero. Además, como el menaje de la casa corresponde a la viuda del Dr. Febres Odriozola, de acuerdo con la segunda parte del artículo 200 del C.C. y según el peritaje de fs. 102 y siguientes, el testador no se ha excedido en el tercio de libre disposición, debe declararse sin lugar la nulidad, de las cláusulas testamentarias, solicitada por el actor. Don Manuel Febres no ha probado en autos, que las demandadas hayan recibido dinero en efectivo, joyas y otros bienes, a los que se contrae la colación demandada, por lo que, también es infundada la demanda en este extremo. Además, la proporción en que el demandante solicita que se dividan los bienes del Dr. Febres Odrizola es la misma que el testador dejó establecida en su citado testamento. La demanda interpuesta a fojas una, debe declararse sin lugar, en todas sus partes.

Por las consideraciones expuestas, opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en el fallo de vista, en la parte materia del recurso, salvo mejor parecer.

Lima, 14 de enero de 1953.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinticinco de abril de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; con lo expuesto por el sñor Fiscal; y considerando: que teniendo la partición por objeto hacer cesar el estado de indivisión de de los bienes quedados al fallecimiento del causante, sea que aquella se haga por éste por su testamento o en las otras formas que determina la ley, no se cumple

dicha finalidad en el testamento de don Enrique Febres Odriozola, porque se limita el testador sólo a declarar que la cuota hereditaria que deja es de la mitad de ellos, una para so cónyuge y otra para su hijo natural en la proporción de ley, no obstante que al hacer tal declaración se desconoce la prescripción contenida en el artículo setecientos sesenticinco del Código Civil, según la cual, al cónyuge le corresponde una parte igual a la de un hijo legítimo, resultando, en consecuencia, que no se ha verificado la partición a que se refiere el artículo setecientos ochentiocho del citado Código y que, por consiguiente, se trata del caso de la división y partición judicial que legítimamente se ha promovido con la demanda de fojas una, que se rige por lo dispuesto en el artículo quinientos diecisiete y siguientes del Código de Procedimientos Civiles: declararon NULA la sentencia de vista de fojas ciento sesenta, su fecha trece de noviembre de mil novecientos cincuentidós; insubsistente la de Primera Instancia de fojas ciento cuarentiuno, su fecha cuatro de setiembre del mismo año expedida en los seguidos por don Manuel Febres Cavero con doña Elena Medina viuda de Febres, sobre división y partición; mandaron se expida nuevo fallo con arreglo a ley, y los devolvieron.— Checa— Maguiña.— Valverde.— Serpa.— Tello Vélez.

Se publicó conforme a ley.

Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

R del F.— p. 502.— 1944

XV, 9) *La declaración de herederos y particion de bienes consiguiente, es nula, si existia testamento que no se tuvo en consideración.— Los bienes del testador se devolveran a los herederos instituidos, sin frutos.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En este juicio, A.A. de M., A. M. y M. M. A., demandan a doña R. N. de A., a R. A. y a P. A. para la nulidad de la declaratoria de herederos de A. A. y para que, también se declare nula la división y partición de sus bienes.

Aparecen en estos autos, dos hechos, a saber: que A. A. otorgó

testamento, (fs. 12) el 9 de octubre de 1925 ante el Notario A. S. omitiendo el Notario O. U. F. que admistra ese Archivo, la manifestación sobre la existencia de aquel testamento, por lo que pudo prosperar el intestado, y consecutivamente, la división y partición. Pero ambos expedientes son nulos por haberse seguido sobre la base de la creencia errónea de haber fallecido A. A. sin otorgar testamento.

Ahora, el Juez de Primera Instancia y la Corte Superior amparan a los demandantes, pero difieren ambas sentencias: el fallo de vista establece que los frutos no deben de ser devueltos; y el fallo del Juez declara que los frutos deben devolverse desde la fecha de la citación de la demanda.

La Corte Superior invoca el art. 767 del antiguo Código Civil, reproducido por el art. 664 del actual Código; y, además, rebaja la multa inpuesta al Notario U.

Como el poseedor de buena fé hace suyos los frutos y de buena fé dividiéronse los bienes entre los demandados, concluye el Suplente del Señor Fiscal opinando por la NO NULIDAD de la sentencia de vista de fs. 115 vuelta, confirmatoria, en parte, del fallo de Primera Instancia de fs. 82, salvo mejor opinión.

Lima, 26 de abril de 1944

Manzanilla

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 29 de mayo de 1944

VISTOS: de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal; y considerando además; que en la época en que se notificó a los Notarios de Lima, la solicitud de la declaratoria de herederos de don A. A. N., el archivo del doctor A. S. se hallaba a cargo de don F. M. de O. y no de don J. U. F. como aparece del testimonio de fs. 12 otorgado con posterioridad a dicha época; y que habiendo fallecido el Notario M. de O., no pueden imponerse la sanción discplinaria por la omisión en que oncurrió; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 115, su fecha 20 de setiembre de 1943, en cuanto confirmando la apelada de fs. 82, su fecha 13 de enero anterior, declara fundada la demanda interpuesta fs. 5 por doña A. A. de M. y otros y manda que se entreguen los bienes a los herederos instituídos en el testamento que en copia corre a fs. 12; declararon igualmente NO HABER

NULIDAD en la sentencia de vista en cuanto revocando la apelada, declara sin lugar la demanda respecto de la devolución de frutos; declararon HABER NULIDAD en el fallo de vista en cuanto revocando el apelado, impone la multa de 200 soles al Notario U. F.: reformando el primero y revocando el segundo, lo absolvieron de dicha sanción; sin costas; y los devolvieron.— Valdivia.— Portocarrero.— Ballón.— Pastor.— Benavides Canseco.— Se publicó conforme a ley.— A. Eguren Bresani, Secretario.

R J P.— 1954; p. 1091
DIVISION Y PARTICION.— Bienes omitidos.

XV, 10) *Aún cuando la omisión de algunos bienes no presta mérito para anular la partición, con arreglo a la ley, si dicha omisión no se ha producio menos puede anularse lo actuado.*

DICTAMEN FISCAL

EXP. 702/52.— Procede de La Libertad.

Señor:

Don Federico Calderón Hora falleció sin otorgar testamento, dejando cónyuge, hijos legítimos habidos en sus dos matrimonio y también hijos ilegítimos, siendo declarados herederos todos sus hijos, que son 8 legítimos y 7 ilegítimos.

Doña Carina Rosiche viuda de Calderón y sus hijos Adelaida, Eva, Amanda, Hugo, Alicia y Federico, han interpuesto demanda sobre partición de los bienes dejados por su causante, acción a la que se allanaron a fs. 86 don Víctor Calderón Núñez, don Enrique Miguel, don César Augusto, doña Emma Rosa y don Federico Guillermo Calderón Ariza y don José Eduardo Calderón Venturo, y a fs. 91 doña Angélica Calderón de Herrera, doña Claudelina Calderón de Calderón. doña María Angélica Calderón de Herrera, don Luis Alfredo y don Guillermo Calderón Ariza.

La participación se ha ordenado se verifique con arreglo a las disposiciones de la ley.

El Juzgado y la Corte Superior han resuelto, en primer lugar, que se paguen los gastos de funeral y luto, lo que está de acuerdo con el art. 803 del

C. C., y cuya efectividad está comprobada con los documentos de fs. 1 a fs. 22, debidamente reconocidos.

El causante ha dejado bienes muebles, inmuebles y semovientes, adquiridos en su matrimonio con doña Carina Rosiche, a quien conresponde el 50 o/o por razón de gananciales, quedando el otro 50o/o de la masa hereditaria para dividirse entre los hijos legítimos e ilegítimos, en la proporción que establece el art. 762 del acotado. o sea que cada uno de los 7 hijos ilegítimos debe recibir la mitad de lo que percibe cada legítimo, resolviéndose en esta forma en los fallos de Primera Instancia.

Como ya se ha dicho los demandados mediante sus escritos de fs. 86 y 91 convinieron en la acción, salvo en algunos aspectos de menor importancia que ha sido resuelto por el Juzgado y la corte.

El recurso de nulidad interpuesto se fundamenta, como es de verso del escrito de fs. 280, en vicios de procedimiento que han sido aprecidados en el fallo de vista, y en haberse omitído algunos bienes, lo que no es exacto, pues los bienes que se indican en ese escrito han sido considerados en el auto ampliatorio de fs. 288 vta.

Por las razones expuestas, opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 8 de noviembre de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiocho de abril de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientas cincuentidós, que confirmando la apelada de fojas doscientas dieciséis, su fecha dieciséis de agosto de mil novecientos cincuentiuno, declara fundada la demanda de división y partición interpuesta a fojas ceintisiete por doña Corina Rosiche viuda de Calderón y otros contra don Víctor Manuel Calderón y otros; con lo demás que dicha sentencia; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuarrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolcieron.— Sayan Alvarez.— Checa.— Maguiña Suero.— Valverde.— Lengua.— Se publicó.— Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

XV, 11) *Doctrina: Solamente puede incluirse en la partición los bienes que no estuvieron comprendidos en la partición hecha por el testador. Art. 788 del Código Civil.*

(CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA – PRIMERA SALA Causa No. 590. Año 1953, Macedo c. Macedo)

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Con el testimonio de escritura que obra a fojas 34, se ha acreditado con fecha 3 de septiembre de 1933 que don Mariano Plácido Macedo Riquelme otorgó testamento, en el cual, después de hacer una clasificación de sus bienes, en propios, gananciales del primer matrimonio y en gananciales del segundo matrimonio, hace una distribución de casi todos ellos, distribuyéndoles entre sus heredros; pero respecto a la casa de la Calle La Merced No. 430 de la Calle Arequipa, declara que recién se ha construído y que ha sido adquirido últimamente con su esposa doña Herminia Gamero de Macedo, con quien es casado el testador en segundas nupcias, no habiendo tenido hijos durante los 27 años de matrimonio, y que dicho inmueble debe ser adjudicado a su nombrada cónyuge, en concepto de gananciales por el valor del quinto de libre disposición, con que según el Código Civil de 1852 la favorece con el carácter de legado y por los bienes parafernales de los cuales dispuso el testador, con el objeto de reconstruír la citada casa, en la que se estableció el hogar conyugal. Posteriormente y por escritura pública que, en testimonio, corre a fojas 39, el 25 de octubre de 1934, don Mariano Plácido Macedo adjudicó la mayor parte de sus bienes a favor de sus cuatro herederos y respecto a la casa de La Marced No. 430, sólo declara que se reserva para hacer sobre los derechos que le corresponden como bien ganancial, disposición testamentaria. Evidentemente que ambos instrumentos públicos no se oponen y al examinarlos se llega a la conclusión de que la escritura de adjudicación no es sino la confirmación y realización del testamento de 3 de septiembre de 1933, con sólo una pequeña diferencia en lo que respecta a los semovientes que corresponden a cada heredero. Existiendo conformidad entre

ambos instrumentos públicos y como el testamento otorgado por don Mariano Plácido Macedo en 3 de septiembre de 1933 no ha sido revocado expresamente, ni por otro testamento, ni por la citada escritura de adjudicación, es evidente que de conformidad con lo dispuesto por el art. 748 del Código Civil vigente, debe considerarse que el citado testamento está vigente y como ha fallecido el testador el 27 de mayo de 1946, rigen las disposiciones del testamento de 3 de septiembre de 1933 y el Código Civil de 1935 vigente en el momento en que don Mariano Plácido Macedo falleció. Si bien es verdad que el actual Código Civil no reconoce la cuarta conyugal, con que el testador favorece a su cónyuge, no menos cierto es que el nombrado causante quiso que su esposa se beneficiara con la porpiedad total de la casa ubicada en La Merced No. 430, por lo que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 704 del citado cuerpo de leyes, hay que considerar que el testador al hacer la adjudicación de la citada casa en favor de su nombrada esposa, calculó, como lo declara expresamente, lo que correspondería a doña Herminia Gamero de Macedo, por el legado con que la favorece, por su parte de gananciales en los demás bienes de que dispones en favor de sus hijos, por los bienes parafernales de la cónyuge y por lo que lo adjudicó por cuarta conyugal. Las adjudicaciones hechas sobre la base del citado testamento y la referida escritura de 25 de octubre de 1934 en favor de los hijos y cónyuge sobreviviente de don Mariano Plácido Macedo son válidas y arregladas a ley; por lo que la oposición formulada a fojas 13 para que no se incluya en la partición la casa de La Merced No. 430 es legalmente procedente, así como tambiénlo es, la oposición formulada para que no se incluya en la división. el mobiliario de dicha casa, por aplicación de lo dispuesto por la segunda parte del art. 200 del acotádo, y consecuentemente debe declararse fundada la oposición formulada por la cónyuge sobreviviente en el escrito de fojas 2 del cuaderno de inventarios. La sentencia de vista de fojas 162, que confirma la de Primera Instancia de fojas 146, y declara fundadas las citadas oposiciones, está arreglada a ley y al mérito del proceso.

Pro lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista, opino que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido, en la parte materia del recurso. Salvo mejor parecer.

Lima, 21 de septiembre de 1953.

García Arrese.

Lima, veintinueve de Mayo de mil novecientos cincuenticuatro.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal; y considerando además: que el testador en su testamento de fojas treinticuatro, de acuerdo con la facultad que le confiere el aetículo setecientos ocho del Código Civiel, hizo la partición de sus bienes entre sus hijos del primer matrimonio y su segunda esposa; que por escritura pública que en testimonio obra de fojas treintinueve efectuó las adjudicaciones respectivas de conformidad con las disposiciones del expresado testamento; que desde la fecha de estos actos jurídicos hasta la de la presente demanda de partción han trascurrido dieciocho años durante los cuales tanto los hijos como la cónyuge han respetado recíprocamente los derechos enmanados del referido acto particional; y que, por consiguiente. la partición demandada debe concretarse sólo a los bienes que no fueron comprendidos en la que hizo el testador: declararon HO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesentidós, su fecha deciocho de junio de mil novecientos cincuentitrés, que confirmando la apelada de fojas ciento cincuentiséis, su fecha catorce de enero del mismo año, declara fundada en parte la demanda de partción interpuesta a fojas una por doña Clara Macedo de Macedo Pastor y fundadas las oposiciones formuladas a fojas dos del cuaderno de inventarios y a fojas once de estos autos por doña Herminia Gamero; con los demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

SAYAN ALVAREZ – MAGUIÑA SUERO – VALVERDE – SERPA – TELLO VELEZ.

ANALES JUDICIALES 1953; p. 54.

XV, 12) *Mientras no se establece en el jucio de división y partición la proporción que coresponda a cada interesado, sólo cabe hacer una distribución provisional de los frutos, en aplicación de los artículos 762 y 765 del C. C.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1025/52.— Procede de Lima.

Señor:

En el presente juicio seguido por don Manuel Febres Cavero con doña Elena Medina M. Viuda de Febres Odriozola sobre cantidad de soles, por auto de fs. 22 vta, se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por la segunda contra la resolución de vista de fs. 19 v., que confirmando el aplelado de fs. 15, despacha ejecución contra la demandada por la suma de S/. 11,291.95.

Con las copias certificadas de fs. 1 a fs. 9 y de fs. 12 a 15, el ejecutante don Manuel Febres Cavero ha acreditado que doña Elena Medina viuda de Febres Odriozola le está adeudando la suma de S/. 11,291.95, que es el saldo a su favor que resulta de la cuenta rendida por la demandada. Apareciendo de autos que ha sido aprobada la cuenta rendida por la demandada y constando del testamento que en copia corre a fs. 12, que los bienes dejados por el doctor Enrique Febres Odriozola, son divisibles por partes iguales, es evidente que la acción ejecutiva interpuesta a fs. 10 es procedente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 600 del C.P.C. concordante con la última parte del artículo 511 del mismo cuerpo de leyes.

Por lo expuesto, opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en el auto recurrido, salvo mejor parecer.

Lima, 12 de enero de 1953.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, treinta de junio de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal; y considerando: que mientras no se establezca en el juicio de división y partición la proporción que corresponde a cada uno de los interesados en la herencia de don Enrique Febres Odriozola sólo cabe hacer una distribución provisional de los frutos aplicándose para este propósito la disposición contenida en los artículos setecientos sesentidós y setecientos sesenticinco del Código Civil; declararon NO HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas deicinueve, su fecha primero de diciembre de mil novecientos cincuentidós, en cuanto confirmando el apelado de fojas quince, su fecha veinticuatro de

octubre del mismo año, despacha ejecución contra doña Elena Medina viuda de Febres Odriozola; declararon HABER NULIDAD en la parte que manda pagar a don Manuel Febres Cavero la suma de once mil doscientos noventiuno soles noventicinco centavos; reformándolo y revocando el apelado en este punto: declararon que dicho pago se entienda por la suma de siete mil ciento cuarentinueve soles sesenticinco centavos; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.— Sayán Alvarez.— Checa.— Maguiña.— Valverde.— Serpa.

Se publicó conforme a ley.

Dagoberto Ojeda del Arco.— Secretario.

R J. P.— 1953; p. 975

PARTICION DE BIENES.— Derecho de los condóminos.

XV, 13) *Si el condóminio por partes iguales, sobre un fundo, aparece de una escritura pública, el condómino sobreviviente no puede pretender más de la cuota que el instrumento declara, si no comprueba ser coheredero del condómino finado.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1327/50.— Procede de Cajamarca.

Señor: Doña Avelina Palomino ha demandado la partición de los bienes desjados por su hija doña Concepción Rojas de Chávez, en la proporción del 50o/o para ella y el otro 50o/o para el cónyuge sobreviviente.

Se ha probado en autos que el único bien existente lo constituye el terreno denomindado "Las tres piedras" adquirido por escritura pública de 14 de noviembre de 1940 en el matrimonio como aparece de la propia escritura; bien que se ha mandado partir en la sentencia de fs. 41 en dos partes iguales, una para la demandante y otra para el demandado. Esta sentencia ha sido confirmada por la de vista de fs. 55 originando recuro se nulidad de don Braulio Chávez, quien sostiene que el terreno expresado, no es un bien común sino propio de él.

La declaración hecha en la clásula 4a. de la escritura en el sentido de que el dinero con que adquiere el terreno es de don Braulio Chávez, es insuficiente para calificar el bien como propio.

Se trata, por consiguiente, a estar a lo que establece el art. 185 del C. C. de un bien común, que debe partirse entre demandante y demandado, pero no en la forma como lo han resuelto las sentencias de primera y segunda instancia.

Según el art. 167 del C. C. cuando concuren los padres y el cónyuge, la herencia que corresponde a éste la constituye una parte igual a uno de ellos. La herencia en el presente caso está formada por el 50°/o del terreno adquirido druante la sociedad conyugal, pues el otro 50°/o constituyen gananciales, que no son herencia.

Es decir que al cónyuge corresponde el 75°/o del indicado bien, por concepto de gananciales y herencia, y a la madre demandante el 25°/o en calidad de herencia.

Opino, en consecuencia, que HAY NULIDAD en la sentencia recurrida en cuanto a la proporción en que debe dividirse el referido bien,; reformándola y revocando la apelada en este punto, debe verificarse la división en la forma indicada en el acápite aanterior y que NO HAY NULIDAD en lo demás que contiene.

Lima. 14 de agos to de 1951.

Sotelo

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintitrés de junio de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que el bien cuya partición se solicita por la demanda de fojas una fué adquirido según la escritura que en testimonio obra a fojas treinticinco, por don Braulio Chávez Suárez para él y doña Concepción Rojas por partes iguales; que fallecida la segunda y declarada como heredera su madre doña Avelina Palomino, a ésta corresponde la parte que en el indicado inmueble tenía su causante, o sea la mitad del mismo; que no haviéndose acreditado que don Braulio Chávez hubiese contraído matrimonio con la extinta doña Concepción Rojas, no fué declarado heredero en el procedimiento correspondiente, que se tiene a la vista; que en consecuencia, su participación en el presente juicio es sólo la que le corresponde por su propio derecho como condómino en el bien materia de la participación: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas cincuenticinco, su fecha nueve de setiembre de mil novecientos

cincuenta, que confirmando la apelada de fojas cuarentiuna, su fecha diez de octubre de mil novecientos cuarentinueve, declara que el terreno "Las Tres Piedras" debe dividirse en dos partes iguales correspondiendo una de ellas a la actora y la otra al demandado don Braulio Chávez; con lo demás que contiene, condenaron en la costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Sayán Alvarez.— Checa.— Maguiña.— Valverde.— Lengua.

Se publicó.— Dagoberto Ojeda del Arco. Secretario.

R. de T.— Año.— 1946; p. 268

XV. 14) *Procede la rectificación de la partición hecha por el testador en favor de sus hijos para que se respete la proporción que establece la ley entre el hijo mejorado y el que no lo es.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Francisco Gálvez, otorgó su testamento, en Enero de 1940 (fs. 101), en el cual, instituyó como sus herederos, a sus seis hijos legítimos, que nombra; pero al verificar la partición de sus bienes, designó, para sus hijas, Rosa, Ofelia y Teodolinda, los terrenos ubicados en Sipirmuy; y para sus hijos, Juan, Abraham u Misael, los que se encontraban situados en los colorados y otros sectores; y Juan, ignorando la existencia de este testamento, demandó, la división y partición de los bienes dejados por su padre, entre él y sus cinco hermanos ya nombrados, con fecha 20 de Marzo de 1941; pero como en ese juicio, las hermanas hicieron ver que existía tal testamento, en Mayo del mismo año, el citado Juan, demanda la rescisión y nulidad del mencionado testamento, según se ve a fjs. 1, de este expediente.

El juicio de partición, que se tiene a la vista, terminó por la Ejecutoria Suprema, copiada a fjs. 99, que sanciona las de Primera y Segunda Instancia; y en cuyas Resoluciones quedó establecido que podía pedirse sólo la rectificación en la parte de que se hubiese dispuesto demás de lo que permite la Ley (fjs. 82 de esos autos).— Juan Gálvez, amplió su demanda, a fjs, 3, pidiendo que se comprendiera en ella, al albacea, que tenía la obligación de

sostener la validez del testamento.– Por los poderes que obran a fjs. 4 y 24, el Dr. Guillermo Vilchez, asumió la representación de los demandados, de los cuales, Doña Justina y Joña Luzmila Gálvez, hijas de Abraham, premuerto, convienen en la demanda, a fjs. 11 y Misael a fjs, 13; en cambio que doña Teodolinda y doña Ofelia, así como el albacea la contradicen, al contestarla a fjs. 15; y se dá por constestada en rebeldía de doña Rosa, recibiéndose la causa a prueba, a fjs. 17 vuelta, y sentenciandose, a fjs, 110; pero la Resolución Superior de fjs, 128, anuló esta sentencia, y todo lo actuado, desde fjs. 17 vuelta. porque, las hijas de Abraham, no probaron haber sido herederas de éste, y con esa omisioón, convinieron en la demanda; y salvada aquella (fjs. 134). reproducen su anterior consentimiento, a fjs. 135.– Los autos de fjs. 141, 143, 153, 158 vuelta, dejan resueltas las insidencias que se han producido dentro del juicio, recibido a prueba, nuevamente, a fjs, 8 vuelta; y terminado en su tramitación por el de fjs. 9 se expide la nueva sentencia de fjs, 213, que declara fundada la demanda, y que apelada a fjs. 225, motiva la solución Superior de fjs. 245, revocatoria de la anterior y por la que, se declara fundada en parte, la demanda, y que procede, nó la rescisión ni la nulidad mencionadas en la misma con referencia a la partición hecha en el testamento, sino la rectificación de ésta, en la forma que lo permiten y disponen los artículos 700, 708, y 788 del C.C. y manda que se haga la partición de los bienes dejados por el testador, en forma tal, que los hijos no mejorados, Juan, Misael y Abraham, hoy sus herederos, reciban, como herencia, la mitad de lo que les toque. a las otras tres hijas mejoradas, respectivamente.– El apoderado de éstas, interpone recurso de nulidad, concedido a fjs. 250.

La demanda de don Juan, persigue, que se anule la partición que hizo el testador, y que los bienes se dividan de acuerdo con lo que dispone el artículo 761 del C. C., fundando su acción, en los artículos 791 y siguientes, del mismo Código: y las demandadas, que no están de acuerdo con el demandante, se oponen a esa pretensión, sosteniendo estar bien hecha la partición, por el padre común, don Francisco Gálvez.– Según la prueba actuada en autos, los terenos dejados a las mujeres, tienen un valor de más de S/. 490.47 (peritajes respetivos que hacen inobjeyables esta adirmación).

Tres son las formas como puede terminar una obligación contraida validamente; porque ha llegado el tiempo en que debía ezpirar con arreglo al contrato; porque concluye con arreglo; a la ley porque hay alguan causa dependiente de la voluntas de los contratantes, para que termine: en el

primer caso, ha finalizado; en el segundo caso ha caducado. y en el tercero, se ha rescindido y la palabra rescisión no se refiere sino a los contratos, y cabe aplicarla respecto de la partición cuando esta consta, del celebrado entre los propietarios, pero nunca puede aplicarse la palabra rescisión a la partición hecha por el testador, porque entonces no hay contrato, sino la disposición de última voluntad, en favor de los herederos instituidos, y por consiguiente, al demandarse la rescisión de la partición, se comete un error, que resulta manifiesto de los propios términos de la demanda, ya que, en ellos, se ve que lo que se persigue, es que se nivelen los derechos de todos los herederos, en la proporción que establece la ley, y aconseja la justicia, y por tanto, lo que se pide, es la rectificación, que perceptúa, y autoriza, el artículo 787 del C. C., y que es lo que ya estableció, la Ejecutoria que puso término al juicio de partición, anteriormente mencionado; todo lo cual hace ver, dos cosas: primero, que no existe en la Resolución Superior recurrida, la nulidad o insubsistencia que pretende la recurrente, al sostener que se ha resuelto punto no demandado; y segundo, que esa Resolución, está arreglada a ley y a justicia, al amparar la demanda, rectificando el error que contiene el testamento en armonía, con las disposiciones de la ley, a la vez que respetando, la voluntad del testador, perfectamente manifiesta en su testamento, de mejorar a sus hijas pero sin el exceso que ese testamento contiene; y que por eso, que respetando esa decisión, dentro de los límites que permite la ley en sus art. 700 y 708 del C. C., el Tribunal Superior, al rectificar la partición que el testamento contiene, lo hace en forma tal, que las demandadas, reciben un haber hereditario, doble al de sus hermanos, que es el tope o máximo, que permite la ley; y evitando así mismo, no sólo la ilegalidad, sino injusticia, que significaría, el que los hombres recibieran una participación insignificante, comparada con la de las mujeres, si el testamento se cumplera, tal como está y que las últimas, sotienen, a la vez que la demanda impugna.

El mérito del expediente acompañado, en las Resoluciones que contiene el de en giro, en las pruebas actuadas, especialmente los peritajes verificados; y las legales y fundadas razones que la Resolución Superior consigna así como las que se dejan aducidas, sirven de fundamento a la opinión del Fiscal, en el sentido de que procede declarar que NO HAY NULIDAD, en la recurrida.

Lima, 12 de Abril de 1946.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 22 de Abril de 1946.

Vistos; de conformidad con el Dictamen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fojas doscientas cuarenticinco, su fecha veintitrés de octubre último, que revocando la apelada de fojas doscientas trece, su fecha treintiuno de agosto de mil novecientos cuarenticuatro. declara fundada en parte la demanda sobre rectificación de partición testamentaria interpuesta por don Juan Gálvez Romero y otros; con lo demás que contienen; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Señores.

Valdivia.— Portocarrero.— Samanamud.— Fuentes Aragón.— Láinez Lozada.

Se publicó conforme a ley.

José Merino Reyna. Secretario.

Causa No. 2197. Año 1945.

Procede de La Libertad.

REVISTA JURIDICA DEL PERU.— Año 1955 p. 238

XV, 15) *Doctrina: Aunque el testador haya hecho partición de sus bienes procede la división judicial de los mismos si los herederos están de acuerdo en ella.*

Corte Suprema de la República - Primera Sala

Causa No 1129 Año 7954. González c. González.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

A mérito de la sentencia de primera instancia de fs. 111 el perito partidor doctor Carlos Balarezo Delta presentó la operación de fojas 143 que por las observaciones hechas a fojas 155 y contestadas a fojas 160, fué aprobada a fojas 163 por dos de los interesados, pero por auto de fojas 175 se

ordenó hacer la rectificación por el perito sobre la sumas entregadas por el albacea a los condóminios. A fojas 177 se presentan los otros interesados manifiestan que están de acuerdo con la operación pericial, que piden sea aprobada. En cumplimiento del mandato de fojas 175 y el de fojas 189 una rectificación que observada nuevamente a fojas 195 por el albacea don Luis González Zúñiga y previo acuerdo de partes formulado por medio del escrito de fojas 201; con los nuevos datos proporcionados, origina el peritaje final de fjas. 220, aprobado por los condóminios mediante el escrito de fojas 226 y 227, habiéndose aprobado la operación por auto de fojas 227. Habiendo sido apelado ese auto a fojas 241 se concede la alzada a fojas 273 vuelta. La Corte Superior, por auto de vista de fojas 378 ha confirmado los apelados de primera Instancia que menciona, lo que origina el recurso de nulidad concedido a fojas 380 vuelta. El auto de fojas 227 que aprueba la operación parcial en los términos que aparecen del dictamen de fojas 220 a 222, es legal, por haberse oído a las partes interesadas que han manifestado su conformidad. También está ajustado a ley el auto apelado de primera Instancia de fojas 273 vuelta, que ha sido confirmado por el de vista que origina el recurso. Si la Corte Suprema fuera del mismo parecer se ha de servir declarar que NO HAY NULIDAD.

Lima, 23 de diciembre de 1954.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diez de agosto de mil novecientos cincuenticinco.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas trescientas setentiocho, su fecha trece de noviembre de mil novecientos cincuenticuatro, en la parte materia del recurso, que confirmando el apelado de fojas docientas veintisiete, su fecha veintitrés de agosto, del mismo año, da por aprobada la operación pericial practicada a fojas doscientas veinte, en los seguidos por don Luis Gonzáles Zúñiga y otro con doña Emilia Gonzáles Zúñiga y otro, sobre división y partición condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron. — Sayán Alvarez — Garmendia — Maguiña Suero — Ponce Sobrevilla.

Considerando: que por la cláusula quinta del testamento que en

testimonio correra fojas treintiseis la testadora doña Daría Paredes viuda de Gonzáles Zúñiga hizo la partición de los bienes relacionados en la cláusula segunda entre sus hijos, determinando específicamente los bienes que adjudicaba a cada uno de ellos por razón de la herencia que les correspondía; y al mismo tiempo dispuso que se vendieran por su albacea al mejor postor los bienes que indica para distribuir su valor por iguales partes entre sus nombrados hijos; que no obstante esto, mediante la demanda de fojas una se pide textualmente la partición de los bienes que forman la herencia de la señora Daría Paredes viuda de González Zúñiga, que es la referida testadora; que sustanciada la causa por resolución de fojas cuarenta se ordenó la tasación por peritos de todos los bienes hereditarios y verificada posteriormente la partición por el perito partidor doctor Carlos Balarezo Delta, como aparece a fojas doscientas veinte fué aprobada por auto de fojas doscientas veintisiete; que, por consiguiente las resoluciones inferiores que aprueban la partición judicial mencionada son infractorias de la disposición contenida en el artículo setencientos ochentiocho del Código Civil que dice expresamente: "que no ha lugar a partición cuando la ha dejado hecha por testador" y que en ese caso "solo puede pedirse la rectificación en la parte de que se hubiese dispuesto de más de lo que permite la ley": NUESTRO VOTO es, en consecuencia, porque se declare nulo el auto de vista, insubsistente el apelado; nulo todo lo actuado e inadmisible la demanda interpuesta a fojas una. – Valverde – Alva – Tello Velez.

XV LA INDIVISION Y LA PARTICION

La ejecutoria XV, 1), de 22 de junio de 1967, estableció que los herederos no estan obligados a mantener indivios los bienes objeto de la herencia, que no se hallan sujetos a indivisión forzosa o legal, pudiendo cuaquiera de los primeros solicitar la partición judicial. Esto es lo que expresa la sumilla de la ejecutoria. La demanda entablada fué para que se procediese a la división en la forma que se indicaba, es decir en cuanto a las respectivas proporciones representativas de las cuotas hereditarias. Parece, según lo que resulta de la Vista Fiscal, que no hubo oposición en cuanto a la procedencia de la misma *actio familiae eriscundae,* sino en cuanto a la cuota respectiva correspondiente a cada heredero. Como sea, es indiscutible que cabe tener presente que cualquiera persona con vocación hereditaria puede pedir la

partición, poniéndose así fin al condóminio existente. El art. 787 concede ese *jus petendi*, y en el caso presente no existía la excepción contra él por causa del supuesto del art. 785 o por indivisión forzosa.

Conforme a la ejecutoria XV,2), de 16 de abril de 1958, se reconoce la procedencia y validez de una partición extrajudicial, la llamada partición amigable (contractual), entre los coherederos. Es que tratándose de la *actio communi dividendo* (partición en general, y no solamente de caracter hereditario), se admite esa forma de división: art. 917 y art. 918, que son artículos de remisión ssegún el art. 784. Entonces, ya no cabe solicitar la división juficial, pues carecerería de finalidad. (sólo procede solicitar su rectificación: art 788).

Puede solicitar la partición judicial cualquier heredero, teniendo que haber otros herederos, como se comprende, pues *non est iudicium familiae erciscundae nisi inter coheredes*. Es evidente que el solicitante debe acreditar su calidad de heredero. Tal lo que se indica en la ejecutoria XV, 3), de 3 de diciembre de 1946.

En buena cuenta la e ecutoria XV, 6), de 19 de abril de 1956, decidió en el fondo un punto análogo, al establecer que la división se entendiese únicamente entre las personas que podía acreditar su título hereditario, eliminando a quines no se hallaban en tal condición.

Las ejecutorias XV, 11), de 29 de mayo de 1954, resolvió un caso en referencia al art. 788 (se citó, equivocadamente, el 708). El causante dejó por su testamento (producido en 1933, bajo el Código anterior) establecida la partición entre sus cuatro herederos, sus hijos legítimos habidos en un primer matrimonio, y comprendiéndose también como su heredera a sus segunda esposa, adjudicando a ésta ultima integramente un inmuble refiriéndose a la cuota viudal y al quinto de libre disposición que aparecían en el Código anterir. El testador murió en 1944, debiendo en consecuencia, tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 1830. (del actual Código). Los hijos demandaron a fin de que se procediese a la partición del caudal relicto, comprendiéndose el inmueble que había sido adjudicado a la esposa del causante, según lo dicho antes. Esto significaba desconocer el *dividendum* efectuado por el causante. La acción tal como fue planteada era improcedente a tenor de la primera parte del art. 788, y así lo decidió la ejecutoria. La acción, en todo caso, sólo habría sido procedente para solicitar la rectificación según lo que se dice en la segunda parte del mismo dispositivo, pudiendo

entonces llegar a estimarse, según lo que representaba el beneficio concedido a la esposa, si era pertinente o no lo era tal rectificación.

La ejecutoria XV, 4), de 20 de julio de 1962, decidió que la partición tiene que referirse a bienes que existan realmente en el caudal hereditario de que se trate, y por lo tanto que sólo tienen ese carácter los que existan a la muerte del causante y no *ante morte*. La ejecutoria es perfectamente justificada.

La ejecutoria XV, 7) de 29 de mayo de 1954, decidió que habiéndose determinado por testamento la partición de bienes, debe ser ella respetada, y que sólo cabe proceder a una nueva división sobre los bienes que no fueron considerados en esa división hecha *ex testamento*. Está consagrado que la partición hecha *sicut voluntas testantis*, sea premitida y debe en general ser acatada. Es una forma de partición, al lado de la convencional y de la judicial. Respecto a la validez de la partición testamentaria, se encuentra lo mandado en el art. 787. La omisión testamentaria en la partción sobre algun bien, da lugar a lo que se llama "suplemento de la división", y entonces ésta ultima puede hacerse en forma amigable o judicial. Tal lo que acertadamente decidió la ejecutoria.

Con identico criterio se pronunció la ejecutoria XV, 9), de 29 de mayo de 1944.

La ejecutoria XV, 8) de 25 de abril de 1953, expresa que la división judicial procede si la partición no ha sido instituita testamentariamente. En efecto, ésta ultima es una "asignación divisionaria calificada", que prevalece en principio frente a otra forma de partición.

La ejecutoria XV, 10), 28 de abril de 1954, es una aplicación del art. 803. Como dice el art. 762 del Código italiano, "la omisión de uno o más bienes de la herencia no da lugar a la nulidad de la división, sino solamente a un suplemento de la división misma". A la larga, lo que se quiere y lo que procede, es que se asigne a cada persona con derecho a la herencia su *ex parte heres*.

XVI

LAS CARGAS Y LAS DEUDAS DE LA HERENCIA

R. J. P.– 1956, p. 1466

XVI, 1) *1.– Es nulo el auto de declaratoria de herederos en que se consideren como tales a personas que no se ha probado que tengan vínculos de parentezco con el causante.*
2.– La filiación paterna ilegítima sólo se puede acreditar con el reconocimiento o la declaratoria de la paternidad.
3.– El heredero que no obtiene ningún beneficio en la masa no responde de las cargas y deudas de la herencia.

DICTAMEN FISCAL

Exp. 1171/53.– Procede de Lambayeque.
Señor:

Don Germán García Sánchez por sus recursos de fs. 25 y fs. 123 interpone demandas contra don Manuel Rivadeneyra García y otros, para que, como herederos de la que fué esposa del actor, le abonen la suma de S/. 1,225.00 h S/. 1,000.00 respectivamente, cada uno de los cuatro demandados, que afirma le adeudan por concepto de gastos hechos en la enfermedad y entierro de oña Elena Urbina. Corrido traslado de ambas demandas, los demandados por sus excritos de fs. 28, 32 y 129, han contestado las demandas, negándolas en todas sus partes y los hermandos Urbina Morales han reconvenido para que se les excluya de la herencia de doña Elena Urbina, contradiciendo para dicho efecto el auto de declaratoria de herederos de la nombrada intestada. Abierta la causa a prueba y sustanciada con arreglo a ley, el Juez de Primera Instancia expide sentencia a fs. 205 declarando fundadas la demandas e infundadas las reconvenciones; pero la Corte Superior de Lambayeque por resolución de fs. 221 ha revocado el fallo apelado, declarando infundadas las demandas acumuladas y fundadas la reconvenciones, lo que motiva el recurso de nulidad concedido al actor por auto de fs. 224 vta.

Con el procedimiento de declaratoria de herederos de doña Elena Urbina García de García, se ha acreditado que dicho intestado fué iniciado a solicitud de don Germán García Sánchez y se tramitó sin conocimiento de los demandados Urbina Morales. Además, si bien es verdad que según la partida de nacimiento de fs. 102 doña Elena Urbina es hija ilegítima de don Ricardo Urbina, dicho documento es insuficiente para acreditar que la intestada es

hermana de los demandados Urbina Morales, pues no ha sido reconocida por el presunto padre, ni se ha presentado la resolución judicial que declare la paternidad ilegítima de dicha causante y por el contrario, de la resolución expedida a fs. 20 de los autos sobre declaratoria de herederos de don Ricardo Urbina Peche, aparece que doña Elena Urbina no fué declarada heredera de su presunto padre. No habiéndose probado que los demandados Urbina Morales sean hermanos de doña Elena Urbina, es evidente que no puede declarárseles herederos de la esposa del actor y por lo tanto no pueden responder de obligaciones que deben ser cubiertas por el marido de la causante nombrada. Además, según aparece de los oficios de fs. 111 y fs. 115 el demandante cobró y dispuso del auxilio mutual magisterial y de los sueldos vacacionales impagos de la que fué su esposa doña Elena Urbina García de García y como don Manuel A. Rivadeneyra García no se ha beneficiado con porción alguna de la herencia, tampoco está obligado a responder por los gastos sufragados por el autor, de conformidad con los dispuesto por el art. 658 del C. C., porcediendo en consecuencia, declarar sin lugar las demandas y fundadas las reconveciones.

Por lo expuesto opino, que NO HAY NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 221 y auto ampliatorio de fs. 223 vta., salvo mejor parecer.

Lima, 12 de enero de 1954.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintinueve de setiembre de mil novecientos cincuentiseis.

Vistos; de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal: declararon NO.HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientas veintiuna, su fecha tres de noviembre de mil novecientos cincuentitrés, que revocando la apelada de fojas doscientas cinco, su fecha diecinueve de agosto del mismo años, declara infundadas las demandas acumuladas sobre cantidad de soles interpuesta a fojas veinticinco y fojas ciento veintirés por don Germán García Sánchez y fundadas las reconvenciones de fojas treintidos y fojas ciento veintinueve y, en consecuencia, nulo el auto de declaratoria de herederos de doña Elena Urbina de García en la parte que delcara herederos de la nombrada causante a los hermanos Juan Manuel, Lizardo y Casimira Urbina Morales; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los

devolvieron.– Eguiguren.– Bustamente Cisneros.– Garmendia.– Alva.– Tello Velez.– Se publicó.– Walter Ortiz Acha.– Secretario.

ANALES JUDICIALES.– 1944; pág. 71

XVI, 2) *Para establecer la participación de la cónyuge sobreviviente en la herencia causada por el marido, es condición previa fijar el monto de los gananciales, lo que solo puede establecerse cuando se conozcan las cargas que gravitan sobre la sociedad conyugal, para la deducción correspondiente.*

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Es materia del recurso de nulidad interpuesto a fs. 1385 por doña Adela Piñillos de Tálleri, la resolución de la Corte Superior de Lima de fs. 1381 que, en discordia, confirma la apelada de fs. 1338, que fija como valor del fundo Huápalas, sus capitales y frutos, al 3 de Setiembre de 1943, en la cnatidad de S/. 1'800,000.00; establece como valor de las acciones y derechos de don Alejandro Barúa, a esa fecha la cantidad de S/. 40,000.00; señala en S/. 940,000.00 la masa hereditaria causada por el de cujus. fija en S/. 900.000.00 los gananciales de doña Emilia Gonzalesz Orbegozo de Barúa; y declara que sobrepasando dichos gananciales la cuota que como cónyuge supérstite correspondería a esta última, ella ha perdido su derecho hereditario en la sucesión de aquél, en beneficio de la hija ilegítima del causante, doña Elena Barúa de León.

Por Ejecutoria Suprema de 20 de Setiembre de 1946, transcrita a fs. 317, se declaró que constituía la masa hereditaria dejada por don Alejandro Barúa Gonoza el 50o/o del fundo "Huápalas" y de sus capitales y frutos al 3 de setiembre de 1943, fecha de su deceso, y sus acciones y derechos en los inmuebles urbanos ubicados en esta Capital y en el Departamento de La Libertad; se estableció que la cuota hereditaria de doña Emilia González Orbegozo de Barúa alcanzaba a los dos tercios de la masa y la de doña Elena Barúa alcanzaba a los dos tercios de la masa y la de doña Elena Barúa de León al tercio restante, conforme a los arts. 762 y 765 del C. C.; y se mandó, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 704 del mismo Código, y al efecto

de la división y partición, proceder al avalúo pericial de los indicados bienes de la herencia, para determinar si los gananciales de la cónyuge igualan o exceden los dos tercios de la herencia o si son menores, de manera que pierda su parte en la sucesión o deba reducirse.

Por Ejecutoria Suprema de 7 de Diciembre de 1959, corriente a fs. 698, se mandó rehacer la primitiva pericia, produciéndose en autos los dictámenes de fs. 803 y 843 y el dirimente de fs. 1111, todos los cuales usan métodos diversos y arrojan resultados diferentes.

No debiendo tener nunca los dictámenes periciales fuerza dicisiva sino ilustrativa, porque su valor probatorio debe ser apreciado por el juzgado de acuerdo a las reglas de la crítica, como lo preceptúa el Art. 504 del C. de P. C., es válido el temperamento adoptado en las resoluciones recurridas de comparar y extraer de todas esas pericias y además de puebas preconstituídas y otras piezas de autos para prudencialmente fijar como valor del fundo "Huápales" y de sus capitales y frutos, a la fecha del deceso del causante, la cantidad de S/. 1'8000.000.00 y como valor de las acciones y derechos del mismo, a esa fecha, es decir del 20o/o de los inmuebles urbanos señalados en la Ejecutoria Suprema de fs. 317, la cantidad de S/. 40,000.00.

Ello no obstante, las resoluciones inferiores divienen erróneas en cuanto sin deducir las cargas y obligaciones de la sociedad conyugal Barúa-González Orbegozo, ascendentes a S/. 6000,000.00 y que no han sido impugnadas, fijan los gananciales de la cónyuge supérstite en 50o/o del indicado valor del fundo "Huápalas" y la masa hereditaria del causante en el otro 50o/o más el valor proporcional de sus acciones y derechos en los bienes urbanos referidos, ya que sólo son gananciales, que deben dividirse por mitad, los bienes de la sociedad conyugal, después de deducirse sus cargas y obligaciones, como clara y terminantemente disponen los Art. 201, 202 y 203 del C. C., en cuya aplicación los gananciales de doña Emilia González Orbegoso de Barúa alcanzan la cantidad de S/. 600,000.00 y la masa sucesoria de don Alejandro Barúa a S/. 640,000.00.

Como estos gananciales de S/. 600,000.00 sobrepasan a los 2/3 de la masa sucesoria de S/. 640,000.00, que sólo llegan a S/. 426,666.66. doña Emilia González Orbegozo de Barúa ha perdido su legítima, según el art. 704 del acotado.

Por tales consideraciones, este Ministerio es de parecer que el Supremio Tribunal puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en la resolución

recurrida de fs. 1381, en cuanto confirmando la apelada de 1338 fija como valor del fundo "Huápales", sus capitales y frutos, al 3 de setiembre de 1943, en la cantidad de S/. 1'800,000.00; y establece como valor de las acciones y derechos de don Alejandro Barúa Ganoza, a la misma fecha, la cantidad de S/. 40,000.00; que HAY NULIDAD en la parte que señala en S/. 900,000.00 los gananciales de doña Emilia González. Orbegozo de Barúa y en S/. 940,000.00 la masa hereditaria de su cónyuge pre-muerto, y que reformando la primera y revocando la segunda en estos puntos se fijen, previa deducción de las cargas y obligaciones de la sociedad conyugal Barúa-González Orbegozo, ascendentes a S/. 600,000.00, dichos gananciales en S/. 600.000.00 y la referida masa sucesoria en S/. 640,000.00; y que NO HAY NULIDAD en la parte que declara que doña Emilia González Orbegozo de Barúa ha perdido su legítima en la herencia de don Alejandro Barúa Ganoza, y en lo demás que contiene.

Lima, 22 de setiembre de 1964.

Velarde Alvarez.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintuno de octubre de mil novecientos sesenticuatro.

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal; y considerando: que en aplicación de lo prescrito en el artículo doscientos dos del Código Civil, para que se estableza si la cónyuge supérstite tiene participación en la herencia causada por su esposo es preciso que con exactitud se fije el monto de los bienes gananciales; que éstos sólo pueden establercerse, de acuerdo con el citado precepto legal cuando se conoce el monto de las cantidades que han de deducirse por corresponder a cargas que gravitan sobre la sociedad legal; que entendiéndolo así las partes, doña Emilia González Orbegozo de Barúa por recurso de fojas cuatrocientas setentiuna solicitó la deducción de las cargas y obligaciones de la sociedad, que hace ascender a la suma de seiscientos ceinticinco mil ciento noventisiete soles ochentisiete centavos, más la cantidad en que debían estimarse los gastos de luto y de la familia durante el mes siguiente al deceso del causante, y doña Elena Barúa de León en su escrito de fojas quinientas veinticuatro contestando el traslado conferido se opuso a este pedido fundándose en que el planteamiento era prematuro, ya que sólo procedía una vez que los peritos hubiesen efectuado las valorizaciones respectivas y el juez expedido resolu-

ción aprobatoria; que habiendo el juzgado mandado tener presente lo expuesto por las partes al tiempo de efectuarse la operación de particón doña Emilia González Orbegozo de Barúa solicitó reposición a fojas quinientas veintiséis lo que dio lugar el escrito de fojas quienientas noventinueve de la parte contraria, en el que, si bien no conviene en ella, admite la deducción de determinados créditos hasta por la cantidad de trescientos treintitrés mil setecientos tres soles treintiséis centavos; que este incidente terminó con la resolución consentida de fojas seiscientas veintiocho, declarando que al liquidarse la sociedad conyugal y fijarse los gananciales, se efectuarían las deducciones señaladas en el artículo docientos uno del Código Civil y dispuso se reservase el incidente para cuando estuviese aprobada la tasación pericial; que de los expuesto, resulta que la parte de la resolución recurida que fija los gananciales y excluye de la herencia a doña Emilia González Orbegozo de Barúa, sin haberse previamente establecido en forma legal el monto de las cargas de la sociedad legal y efectuado la deduciones correspondientes adolece la nulidad: declararon HO HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas mil trescientas ochentiuna, su fecha veintitrés de junio último, en cuanto confirmando el apelado de fojas mil trescientas treintiocho, su fecha diecinueve de agosto de mil novecientos sesentitrés, fija el valor del fundo "Huápalas" sus capitales y frutos al tres de setiembre de mil novecientos cuarentitrés en la suma total de un millón ochocientos mil soles, las acciones y derechos de don Alejandro Barúa a la fecha referida, constituídos por el veinte por ciento de las fincas de Amazonas, Bolívar y Salaverry materia de autos, en la cantidad total de cuarenta mil soles; declararon nulo el auto de vista, e insubsistente el fe Primera Instancia en lo demás que contiene; mandaron se proceda en la forma legal indicada; en los seguidos por doña Emilia González Orbegozo de Barúa con doña Elena Barúa de León, sobre división y partición; y los devolvieron.– Valdez Tudela.– Eguren Bresani.– González García.

Se publicó conforme a ley.– Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.
Causa 201/64.– Procede de Lima.

ANALES JUDICIALES.– 1971; p. 203

XVI, 3) *Las cargas y deudas de la herencia deben discutirse y probarse en el respectivo juicio de partición, como lo dispone el art.*

526 del C. de P. C.., y no en el juicio de reivindicación de herencia, que tiene por objeto establecer la vocación hereditaria.

Lima, quince de junio de mil novecientos setentiuno.—

Vistos; y Considerando: que en la sentencia corriente a fojas cincuenticinco se ha declarado como herederos de don Antonio Delfín Tello Chávez a las personas que en élla se indica, y, además, se ha declarado sin lugar la reconvención formulada a fojas cuatro para que los herederos abonen la parte proporcional de las deudas y cargas de la herencia; que la primera parte de dicha sentencia ha quedado consentida, en razón de que la apelación de fojas cincuentisiete se refiere únicamente a la denegatoria de la reconvención; que las cargas y deudas de la herencia deben discutirse y probarse en el respectivo juicio de partición como lo dispones el artículo quinientos veintiseis del Código de Procedimientos Civiles y no en un juicio como el presente que ha tenido por objeto establecer la vocación hereditaria: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ochentinueve, su fecha ocho de octubre del año próximo pasado, que confirmando la apelada de fojas cincuenticinco, fechada el doce de diciembre de mil novecientos sesentinueve, en la parte que es materia de la apelación, declara sin lugar la reconvención; reformando la primera y revocando la segunda en esa parte, declararon IMPORCEDENTE en este juicio dicha reconvención, dejando a salvo el derecho de la recurrente para que lo haga valer en el procedimiento respectivo; en los seguidos por doña Angélica Tello viuda de Perla y otro con doña Nelly del Castillo viuda de Tello, sobre reivindicación de herencia; y los devolvieron.— Ponce Mendoza.— Núñez Valdivia.— Ballón-Landa.— León Montalban.— García Calderón.— Se publicó conforme a ley.— Fausto Viale Salazar.— Secretario General.—

Cuaderno No 313.— Año 1971.—

Procede de Lima.

R de los T.— 1939; p. 217

XVI, 4) *La herencia, en ningún caso, puede perjudicar al heredero. Es infundada la demanda sobre ineficacia de la obligación*

contraída por mujer casada, si de la escritura aparece la declaración de que la suma que recibe a mutuo la emplea en su provecho.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En la presente causa se han acumulado dos demandas paralelas, Por la primera el doctor Mario Razzero por sí y por su señora madre doña Rosa Razzeto y sus hermanas doña Graciela, doña Armida y doña María Elena Razzeto, contradice la sentencia dictada en el juicio ejecutivo que iniciara contra el demandante y sus representadas don Virgilio Guerinoni, sobre cobro de cantidad de soles. Se ha sostenido que doña Rosa Razzeto vda. de Razzeto nada debe al demandado, pues la mujer casada no es responsable de las deudas del marido; y los herederos de don Oddone Razzeto, por su parte, han alegado que no habiendo bien alguno de su causante, tampoco responden de las deudas vigentes a su fallecimiento. La segunda demanda interpuesta a fs. 16 por la vda. de Razzeto, en su propio nombre y en el de su menor hija María Elena, por doña Armida Razzeto y por don José B. San Martín, en representación de su esposa doña Graciela Razzato, tiende al mismo fin jurídico que la anterior, y ambas fueron acumuladas según aparece a fs. 57.

Hay dos cuestiones que cnviene tratar separadamente.

Los herederos de don Oddone Razzeto han sostenido que no habiendo bien alguno, no responden de las deudas contraídas por su causante.

El principal efecto de la aceptación pura es que el heredero queda responsable de todas las deudas de la herencia, no solo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios. Se opera en este caso una verdadera confusión de patrimonios, que se traduce en la continuación indefinida por el heredero de la personalidad de su causante. Artículos 756 del Código Civil derogado.

Al contrario de lo que ocurre en la aceptación de la herencia pura y simple, cuando ella se verifica con beneficio de inventario, no se confunden los patrimonios y la responsabilidad del heredero queda limitada al caudal de la herencia. Artículo 757 del mismo Código.

Este sistema ha sido abandonado en el derecho contemporáneo por innecesario y complicado. En el nuevo orden de ideas el Código Civil peruano

de 1936 establece en su art. 658, que la herencia en ningún caso, puede perjudicar al heredero; quedando así eliminado por inútil el beneficio de inventarios. La bondad de la reforma instalada es clarísima. La herencia no es la continuación personal del causante por los herederos. Fallecido el autor solo queda un patrimonio. La herencia es una entidad y es ella y no los herederos, la continuadora del causante.

Mas el sistema clásico que adoptó en líneas generales el antiguo Código Civil en los mencionados artículos 756 y 757, sufre una desviación profunda en aquel Código. Según el artículo 758, la omisión del inventario no hace al heredero responsable de todas las deudas de la herencia, si los acreedores convienen en que no hubo más bienes que los designados por el heredero, o "si este lo preuba plenamente". El artículo citado permite al heredero que omitió el inventario, limitar su responsabilidad hasta la concurrencia de los bienes que heredó, a condición de probar que no existen otros que los designados por él mismo. La responsabilidad "ultra vires" vuelve así a restringirse en el Código de 1852, limitándose el sistema romano de la continuación de la persona. La sucesión es un fenómeno meramente patrimonial reviviendo por obra de la ley el beneficio de la separación de patrimonios, con independencia del beneficio de inventario.

De autos aparece (fs. 3 del cauderno administrativo sobre liquidación del impuesto de sucesión), que los hijos de don Oddone Razzeto fueron declarados sus herederos. No consta que se hubiera practicado el inventario a que se refiere el art. 757 del antiguo Código Civil,. Algo mas todavía, las partes están de acuerdo en que no se formalizó el inventario judicial.

Así presentadas las cosas, la cuestión planteada se concreta a resolver si los herederos de Razzeto están amparados por el inciso 2o del art. 758.

No tiene el suscrito vacilación para afirmarlo. Aunque es cierto que no se practicó inventario judicial, el precitado expediente sobre liquidación del impuesto de aclabala de herencia, acredita plenamente la insolvencia de la sucesión, hecho capital que sirvió de base a la resolución dictada a fs. 61 de ese procedimiento, por haberse acreditado que el causante de la sucesión no poseía ninguna clase de bienes a la fecha de su fallecimiento.

La circustancia que aduce la resolución superior de fs. 95 de estos autos, en apoyo de la solución contraria, no tiene fundamento atendible, pues si la testamentaría conserva derechos sobre la mina "Rosa", esos derechos están sujetos a la responsabilidad proveniente de las deudas de la herencia, sin

que se pueda conlcuir de dicho dato la responsabilida personal e indefinida. Los herederos de Razzeto no han podido producir prueba mas idonea en apoyo de su demanda que la resultante del expediente actuado en la Caja de Depósitos y Consignaciones. Esta prueba es bastante. Es la prueba legal indicada por aplicación de la ley No. 2227. La liquidación del impuesto abre un procedimiento contradictorio y sus efectos son de evidente aplicación para definir la existencia de bienes.

A su vez, la señora Razzeto de Razzeto contradice la sentencia dictada en el cuaderno ejecutivo alegando que la obligación que contrajo solidariamente con su esposo don Oddone Razzeto por la escrittura pública corriente a fs. 1 del mencionado cuaderno, carece de eficacia conforme al art. 189 del antiguo Código Civil y a la ley interpertativa de dicho artículo de 23 de octubre de 1890. La sentencia de 1a. Instancia de fs. 66 ha declarado sin lugar la acción de la señora Razzeto de Razzeto, pero este fallo ha sido revocado por la resolución superior de fs. 92. La sentencia de vista establece que no habiéndose indicado en la escritura de obligación el objeto específico a que se destinó el préstamo, la obligación econtraída por la señora de Razzeto es civilmente incapaz.

En concepto del infrascrito hay error en la resolución de vista. La ley de 23 de octubre de 1890 tuvo por fin jurídico cortar los abusos a que se prestaba la aplicación literal del art. 189 del Código Civil derogado, creando al efecto una presunción Juris et de jure en virtud de la cual el acreedor no está obligado,a probar el provecho real de la mujer, ni esta puede aducir prueba alguna contra el tenor de la escritura. Según la ley mencionada, sólo se requiere para la validez de la obligación contraida, que se exprese en la escritura el objeto a que se destina la cosa que se recibe como causa de la obligación, y ambos requisitos se han llenado satisfactoriamente en la escritura cuya validez se controvierte. Como es de verse, la señora de Razzeto declaró (cláusula 7a.) que la suma recibida a mutuo la emplea en su provecho; agregando de fe de entrega de la escritura, que la señora de Razzeto recibió al firmarse la escritura en unión de su esposo don Oddone Razzeto, la cantidad mutuada. La declaración de la vda. de Razzeto en el sentido de que el mutuo lo emplea en su provecho, es legalmente bastante, careciendo de interés jurídico el fin específico a que se destinó la deuda, toda vez que el acreedor no está obligado a acreditar el destino real que se da al préstamo, ni la mujer casada puede ser admitida a probar en contrario. La cuestión es mas verbal

que de fondo. Cuando la mujer casada declara que la obligación que contrae se convierte en su provecho, está indicando con ello cual es su objeto. La ley requiere solamente una declaración de voluntad sobre el objeto y sobre ella erige la presunción absoluta como base de seguridad de los contratos. ¿Qué importancia tendría desde el punto de vista jurídico la indicación de un objeto específico si la ley no obliga al acreedor a acreditar que realmente se invirtió la deuda en ese objeto, ni concede a la mujer el derecho de probar contra el tenor de la escritura? .

Por las consideraciones expuestas soy de dictamen que se declare que HAY NULIDAD en la resolución de vista de fs. 92 y su complementaria de fs. 95 y que reformando dichos fallos, se revoque el de primera instancia de fs. 66 en cuanto declara sin lugar la contradicción de los herederos Razzeto, confirmándose en la parte que declara sin lugar la demanda de la vda. de Razzeto sobre inedicacia de la obligación por ésta contraída; salvo más ilustrado parecer.

Lima, mayo 23 de 1939

Olaechea.

RESULUCION SUPREMA

Lima, julio 10 de 1039

Vistos; de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, cuyos fundamentos se reporduce: declararon HABER NULIDAD en la resolución de vista de fs. 92, su fecha 10 de abril de 1938 y su complementaria de fs. 1938 y su complemantaria de fs. 95 su fecha 9 de junio del mismo año, en cuanto revocando la de primera instancia de fs. 66, su fecha 12 de junio de 1936, declara fundada la demanda interpuesta por doña Rosa Razzeto de Razzeto: reformando la primera, confirmaron la segunda en esta parte que declara sin lugar la referida demanda: declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que la sentencia de vista contiene; y los devolvieron.— Barreto.— Santa Gadea.— Zavala Loaiza.— Cardenas.— Velarde Alvarez.—

Se publicó conforme a ley.— M. Arnillas O. de V., Secretario.

Cuaderno No 785.— Año 1938 Procede de Lima.

R JP; p. 1631.

OBLIGACIONES MANCOMUNADAS DE LOS ESPOSOS.– Responsabilidad del cónyuge supérstite.

XVI, 5) *El cónyuge supérstite no responde por el íntegro de una obligación que contrajo en forma mancomunada con el fallecido, salvo que se acreditara que ha sido instituído o declarado como heredero de éste.*

DICTAMEN FISCAL

Exp. 315/63.– Procede de Arequipa.

Señor:

Doña Lucrecia Obregón vda. de Miranda ha interpuesto recurso de nulidad del auto de vista de la primera Sala en lo Civil de la Corte Superior de Arequipa de fs. 7 vta., que despachaba ejecución por la suma de S/. 50,000.00 la que ha declarado que sólo procede por la suma de S/. 25,000.00.

Efectivamente, habiéndose obligado personalmente la ejecutada, como consta del testimonio de la escritura de mutuo que corre a fs. 1, en ejercicio del derecho que le conceden los arts. 172 y 178 del C. C., y habiendo fallecido su esposo, como se lo afirma en la propia demanda de fs. 4 y resulta de la partida de fs. 9, pero no habiendo acreditado el ejecutante que la obligada sea heredera de su marido, procede que solo responde por la mitad de la deuda, con arreglo a lo dispuesto por el art. 1210 del C. anteriormente citado.

En consecuencia, puede la Sala declarar que NO HAY NULIDAD en la resolución traída en recurso. Salvo mejor parecer.

Lima, 17 de junio de 1963.

Ponce Sobrevilla.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinte de julio de mil novecientos sesentitrés

Visto; de conformidad con la conclusión del dictamen del Señor Fiscal; y considerando: que el actor no ha interpuesto recurso de nulidad del auto de vista revocatorio ne parte del de pago corriente a fojas cuatro vuelta; declararon NO HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas siete vuelta, su

fecha seis de agosto de mil novecientos sesentidos, que revocando el apelado de fojas cuatro vuelta, su fecha veintiocho de abril del mismo año, despacha ejecución contra doña Lucrecia Obregón viuda de Miranda por la suma de veinticinco mil soles, en los seguidos con don Telésforo Valdivia Tapia; con los demás que contiene; condenaron en las constas del recuro a la parte que lo interpuso y los devolvieron.— Sayan Alvarez.— Garmendia.— García Rada.— Vivanco Alarcón.— Se publicó.— Lizandro Tudela Valderrama.— Secretario.

XVI. LAS CARGAS Y LAS DEUDAS DE LA HERENCIA.

La ejecutoria XVI, 1), de 29 de 1956, resolvió que el heredero que no obtiene ningún beneficio de la masa hereditaria no responde de las deudas y cargas hereditarias. En realidad, el asunto juzgado se refirió a cargas de la herencia: gastos de enfermedad y entierro. En verdad, en lo relativo a las cargas de una herencia ellas no pueden reclamarse de los herederos (mucho más cuanto que en el caso *subjudice* el demandado no se benefició con prorción alguna de la herencia), como obligación personal de ellos, porque gravan a la masa hereditaria misma. Se trata entonces no de una obligación que incumbía al causante. El crédito o la deuda que vienen a corresponder al heredero y que incumbían al causante, no se producen a la muerte de este, sino que preexisten, de modo que el heredero sólo viene a quedar obligado derivativamente, como legitimado pasivo, en cuanto sucesor del difunto, por tales deudas existentes *ante mortem*. como tiene derecho a los créditos, como legitimado activo, o sea, que sucede en el *universum jus defuncti* de sus relaciones patrimoniales, pasivas y activas. Diferentemente, la carga surge como consecuencia de la muerte de una persona, es decir, por efecto de ésta, con la apertura de la sucesión. Típicamente es el caso de los gastos de funeral.

La ejecutoria XVI,2) de 21 de octubre de 1964, resolvió sobre un asunto vinculable al funcionamiento de los arts. 201y 202. La muerte de una de las personas vinculadas por matrimonio es una de las causales de la terminación de la sociedad de ganaciales (art. 199, inc primero). En tal supuesto hay que proceder a una distinción tetratómica patrimonial: a) una porción, que son los bienes propios de la mujer; b) otra porción, que son los bienes propios de marido; c) una porción que se detraiga de los bienes comunes, para pago de las obligaciones y cargas de la sociedad; d) otra porción, constituida por los

bienes comunes que resten después de la detractación expresada, dividiéndose esta porción, que viene a ser los ganaciales entre conyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, por partes iguales. Así, pues, como los bines comunes no se confunden con los gananciales, ya que es preciso hacer una "depuración" de los primeros (para el pago de las obligaciones y cargas de la sociedad), y sólo entonces cabe la determinación del monto de los gananciales, y cuanto corresponde, por la división bipartita paritaria, al cnnyuge supérstite y cuanto a los herederos del conyuge fallecido. Este es, precisamente, lo que resulta del arte. 202 y no interesa mayormente que el art. 201 haga una indicación un tanto arbitraria en cuanto al *iter* utelizable para la distribución de los bienes a que se refiere dicho art. 201. Lo fundamental está en que los gananciales no pueden ser determinables sin la previa detractación recayente en los bienes comunes de que antes se ha hablado, pues sin no se frustarían los legítimos derechos de los acredores respecto a las obligaciones y cargas de la sociedad. Como en el caso juzgado en la ejecutoria, el *de cujus* fué el marido, era del caso proceder al pago del patrimonio propio de la mujer, pero éste no lo hubo. La cuestión del *judicatum* giró sobre la participación de la esposa en la herencia considerándose el monto de sus gananciales para tomar en cuenta el art. 704. Pero el juzgado reparó en que no se podía determinar el monto de los gananciales de la mujer, mientras no se efectuara la detractación provenientes de los bienes comunes, de lo que debía aplicarse al pago de las obligaciones y cargas de la sociedad, lo que debe hacerse por el argumento *ad ordine* que aparece consagrado en el art. 202. Por lo tanto, el punto de vista desde el cual apreció la cuestión la ejecutoria para su decisión, fué acertada.

La ejecutoria XVI, 4), de 10 de julio de 1939, es una interesante, aunque aplicase el Cod. antiguo, en mérito de lo dispuesto en el art. 1830. Se consideró si un heredero debía o no debía responder por obligaciones de su causante por monto mayor del que importaba la herencia. En el actual Cod., como tuvimos ocasión de refrerirnos al respecto, en el capítulo sobre "Disposiciones generales", concernientemente al art. 658, la regla consagra la responsabilidad *inter vires*. No ocurría lo mismo con el Cod. anterior, pues conforme al art. 756 operaba como regla la responsabilidad *ultra vires*, salvo que se aceptara la herencia con beneficio de inventario: art. 757. En el caso juzgado las deudas sobrepasaban el valor del caudal relicto. No se procedió a la facción de inventario, no gozándose, pues, del llamado beneficio de

inventario. Pero la ejecutoria, basándose en lo expresado en la Vista fiscal, estimó que por inferencia del inc. 2o del art. 758, era de estimar que el heredero estaba exonerado. . El citado inc. 2o del art. 758 establecía esa exoneración si el heredero probaba "plenamente en juicio" que no había más bines heredados que los designados por el heredero.

Pero de la misma Vista fiscal aparece que no hubo tal juicio al respecto aunque sí exitió una prueba, de caracter administrativo, como fué la relativa a la liquidación del importe de la alcabala de herencia. Mas, la declaración del inc. 2o del art. 758 era categórica: exigía una prueba especial, un juicio, un procedimiento judicial, por lo tanto. Es dificil aceptar la idéntica eficacia atribuida a una prueba meramente administrativa. Es regla que lo establecido para un caso, específicamente, no debe extenderse a otros casos diferentes. En cierta manera este es el principio herméneutico de *quae in unum casum cohecepte sut, ad alies casus trahit non debet.* El inc. 2o del art. 758 del Cod anterior, como su inciso 1o, representaban normas de excepción, y en éstas rige la regla de intepretación de *expressie speciales emenm impedit extensionem.*

La ejecutoria XVI, 5), de 20 de julio de 1963, resolvió que no era responsable la viuda por una obligación contraida por ella mancumunadamente con su marido, a la muerte de éste ultimo, por no haber sido declarada dicha esposa heredera; de modo que se decidió que ella sólo era responsable por la mitad de la deuda, como obligación personal de la mujer, y no por una que *ad successores trasttitur,* citándose, para su aplicación, el art. 1210 (divisibilidad en partes viriles de la obligación asumida mancomunadamente). La ejecutoria resolvió con acierto la cuestión. En efecto, la obligación de una persona al fallecer ésta, se trasmite únicamente a sus herederos, según lo mandado en el art. 1232, y con ello es concorde, en puridad de principio, lo indicado en el art. 658. Aunque la ejecutoria no citó estos dos dispositivos, es indudable que se relacionan con el caso juzgado, y sirven de consideración para fortalecer el fundamento de la ejecutoria en cuanto a lo en ella fué resuelto.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

A.J	=	Anales Judiciales
R.J.P.	=	Revista de Jurisprudencia Peruana
R. Jurídica P.	=	Revista Jurídica Peruana.
R del F.	=	Revista del Foro.
R de los T.	=	Revista de los Tribunales.

INDICE

Prólogo		1
I	DE LA SUCESION EN GENERAL. DISPOSICIONES GENERALES	5
II	INCAPACIDADES PARA SUCEDER	75
III	ACEPTACION Y RENUNCIA DE LA HERENCIA	85
IV	LA REPRESENTACION	91
V	SUCESION TESTAMENTARIA (Los Testamentos y sus Solemnidades)	139
VI	LAS LEGITIMAS Y LA PORCION DE LIBRE DISPOSICION	229
VII	LAS MEJORAS	259
VIII	LA DESHEREDACION	283
IX	LOS LEGADOS	311
X	LOS EJECUTORES TESTAMENTARIOS	357
XI	REVOCACION, CADUCIDAD Y NULIDAD DE TESTAMENTOS	425
XII	LOS HEREDEROS LEGALES	489
XIII	LA HERENCIA VACANTE	677
XIV	LA COLACION	697
XV	LA DIVISION Y LA PARTICION	713
XVI	LAS CARGAS Y LAS DEUDAS DE LA HERENCIA	749

Este Libro se terminó de imprimir el 15 de Abril de 1980, en los Talleres de Servicios de Artes Gráficas S.A. (SAGSA) - Av. Petit Thouars 1440 - Lima - Telfs.: 717741 - 723682 - 712124

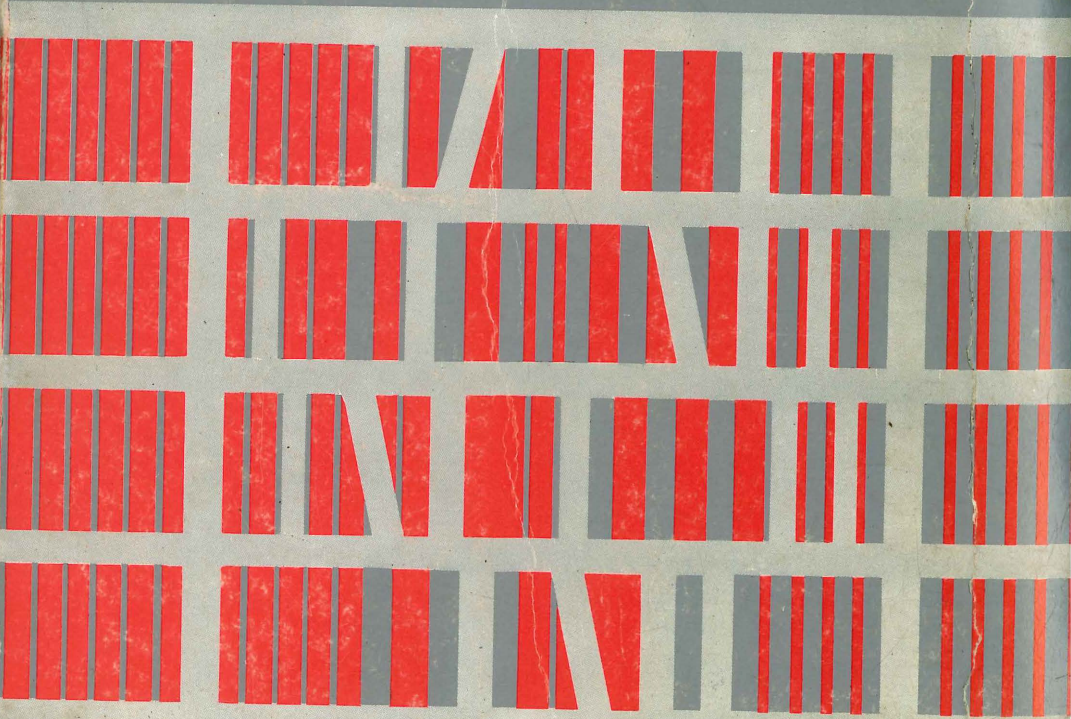
PUBLICACIONES RECIENTES:

Marzal, Manuel
Estudios sobre religión campesina
Miró Quesada, F.; Sobrevilla D.; Pease, F. (compiladores)
Historia, Problema y Promesa "Homenaje a J. Basadre".
Pizarro, Pedro
Relación del descubrimiento y conquista de los reinos del Perú.
Sarabia, Hugo
Introducción al Análisis (2da. ed.)
Tola Pasquel, José
Algebra Lineal y Multilineal I. (Primera parte)
Vallejo César
Teatro Completo.
Wils, Frits
Los industriales, la industrialización y el estado como nación en el Perú.

LIBROS DE PROXIMA APARICION

Mayer, Enrique y Bolton, Ralph
Parentesco y matrimonio en los Andes
Ortiz, Alejandro
Huarochirí: 400 años después.
Osterling, Jorge
Migración y adaptación de los Huayopampinos a Lima.
Trazegnies, Fernando
La idea de Derecho en el Perú del S. XIX.
Watson, Maida
Cuadro de costumbres en el Perú decimonónico.
Estudio y Revisión del Código Civil

Pontificia Universidad Católica del Perú
Oficina de Publicaciones
Apartado 12514 Lima, 21
PERU



Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 1980