

Aplicación del art. 704 del Código Civil.

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 ó para cuando hay hijos herederos en concurrencia con el cónyuge superstite. Habiendo ascendientes solos ó 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, ó 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 cuarentidos, ha tenido presente las disposiciones legales y la doctrina expuesta en el párrafo anterior, por lo que la confirmatoria de fojas sesentitres, 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 reconvencción referente al titulado anticipo de herencia, que aún cuando se hizo constar en escritura pública (fs. 59), presentada sólo ante el Tribunal, estaba hacía tiempo destruido por el documento de fojas veintidos, 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 preconstituída, 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 cuarentidos, 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.
