

**La parte que pudo corresponder al heredero premuerto, acrece el acervo hereditario que ha de repartirse por partes iguales entre los instituidos 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 acrecencia 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 Páblo 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 séptima parte que debió tocar al premuerto Pablo Cánepa. A este efecto piden la declaratoria de herederos de don Pascual Chiarella, en la referida séptima parte. Se fundan los demandantes en el inciso segundo del artículo 752 del C. C., que dice: "Caduca la institución de heredero: 2° 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: 4° 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 al 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 acrecencia 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 acrecencia 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 752 del C. C. Según el 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 acrecencia 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 acrecencia 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 Chiarella, 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 solo 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 preveer el reemplazo de un heredero premuerto. La calificación de universalidad debe también ser referida a la herencia prevista por el testador; 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 acrecentamiento 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 también considerarse el transcurso de cinco años entre la muerte del heredero don Pablo Cáne-

pa 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.

Vistos: con lo 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 dividieran 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 gozaran de sus bienes, tan-

to 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 731, y aún el vigente, artículo 706; que en esta situación jurídica, si, estando vivo don Pascual cuando ocurrió el deceso del heredero instituido 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 las que nombró inequívocamente herederas universales y únicas, sin condición alguna; que por tanto, no tratándose del caso de herencia vacante, la parte que pudo corresponder al heredero premuerto acrece el acervo hereditario que ha de repartirse, por partes iguales, entre los instituidos herederos únicos y universales que han sobrevivido al testador, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 802, dando así estricta aplicación a la regla 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 re-

vocando 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.

---