

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 fué 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 representación 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 distribuírse 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 Eléspuru 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.