

El procedimiento no contencioso de declaratoria de herederos procede únicamente cuando no existe testamento o éste ha sido declarado nulo.

Recurso de nulidad interpuesto por doña Emma Schlichting de Justus, en la causa que sigue con el Ministerio Fiscal, sobre declaratoria de herederos.

Procede de Lima.

DICTAMEN DEL SEÑOR AGENTE FISCAL

Señor:

El causante de la herencia testó en 1930, testimonio de fs. 2, instituyendo como herederos a sus tres hijas Anita, Edith y Gertrud y dejando a su esposa, doña Emma Schlichting, como legado el quinto de sus bienes disponibles. Falleció empero don Walter Justus en Miraflores, el 30 de octubre de 1946, partida funeral de fs. 1.

So pretexto de dar aplicación al art. 1830 del C. C., se ha deferido a la solicitud de la viuda, y se ha tramitado su acción para que se declare que es también heredera del de cujus conforme al Código vigente, de acuerdo con el procedimiento establecido en los arts. 1212 y siguientes del C. de P. C., estimándose dicha acción como tendiente a complementar el testamento.

Eso es inadmisibile. Dado el tiempo corrido entre la facción del testamento y la muerte del testador, aparece claro, que éste, que pudo otorgar uno nuevo y no lo hizo, de acuerdo con la legislación vigente, ha preterido voluntariamente o por negligencia a su cónyuge. Y, en consecuencia, la acción expedita es la de reforma del testamento que regla el art. 753 del C. C., que debe sustanciarse en la vía ordinaria.

En consecuencia; es NULO todo lo actuado e inadmisibile la solicitud de fs. 8.

Lima, 1º de marzo de 1947.

PORTOCARRERO OLAVE.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, veintisiete de marzo de mil novecientos cuarentisiete.

Autos y vistos; atendiendo: a que aparece de autos que se ha cumplido con las formalidades prescritas por el artículo mil doscientos catorce del Código de Procedimientos Civiles; a que la persona que acredita su derecho con prueba instrumental debe ser declarada heredera en en el procedimiento no contencioso que promueva, en aplicación de lo que preceptúa el artículo mil doscientos dieciocho del propio Código; a que la preexistencia de un testamento u otro acto de declaración judicial que instituye herederos, no es óbice para que concurra a la herencia quien está premunido del correspondiente derecho, pues la ley no proscribela coexistencia de varios títulos hereditarios en una misma sucesión; a que la legítima es inmutable, salvo la desheredación, que no puede presumirse; y a que la cuestión que concierne a los bienes habrá de ventilarse en el correspondiente juicio de partición y si ésta se ha producido con sujeción a las disposiciones que rigen la reivindicación de la herencia, pero es un asunto que por su naturaleza resulta extraño a este procedimiento; con lo expuesto por el señor Agente Fiscal; se declara a doña Emma Schlinchting de Justus heredera de don Walter Justus, sin perjuicio de los derechos que pudieran corresponder a doña Anita, doña Edith y doña Gertrud Justus Schlinchting por el testamento otorgado el quince de diciembre de mil novecientos treinta, ante el notario de esta capital doctor don J. Octavio de Oyague.

G. ORTIZ DE ZEVALLOS.

V. M. Villacorta.

RECURSO DE APELACION DEL SEÑOR AGENTE FISCAL

Señor:

El Ministerio Fiscal, en el procedimiento seguido por doña Emma Schlichting de Justus, para que se declare que es heredera de don Waiter Justus, dice:

Que apela de la resolución del Juzgado del 26 del corriente, que ampara la solicitud de fs. 8 y hace tal declaratoria, con grave apartamiento de las normas legales, en concepto de este Ministerio.

El punto debatible puede resumirse así: ¿Cabe en un procedimiento no contencioso declarar heredera de su esposo a la viuda preterida en el testamento de aquél?

El Juzgado no ha encontrado nada que se oponga a ello, pero este Ministerio tiene convicción distinta, y razones para sostenerla, según piensa demostrarlo.

Don Walter Justus otorgó testamento en diciembre de 1930 con arreglo al abrogado Código Civil, dejando a su cónyuge, en calidad de legado, el quinto disponible de sus bienes.

Antes de su muerte, acaecida en octubre de 1946, promulgóse el Código Civil vigente, que atribuye al cónyuge supérstite una legítima en la herencia, sancionada por la acción de reforma del testamento a que se contrae su numeral 753, y de la que sólo puede ser privado en los casos en que pueden serlo los demás legitimarios, y en la hipótesis de su art. 704.

Fallecido, pues, el señor Justus, sin modificar su testamento, resultó preterida la esposa, que no fué instituída heredera en ese acto.

Parecería tal vez que no hubiese preterición teniendo en cuenta que el testamento fué otorgado cuando el cónyuge carecía de derecho a una legítima. Conviene, por eso, desvanecer toda duda sobre este particular.

Preterir es omitir en la institución de herederos a los que lo son forzosos sin desheredarlos expresamente en el testamento. Pero la proterición puede resultar no sólo de la exclusión inde-

bida del heredero forzoso sino también del olvido que de él haga el testador, como lo expresaba el art. 865 del abrogado Código. Quiere decir, que es el resultado de la privación de la legítima y no la existencia o inexistencia de una voluntad intencional del testador, a lo que hay que atender para saber si se ha preterido a un heredero. Hay preterición siempre que se priva a alguien de su legítima, débase ello a voluntad, olvido, o ignorancia del testador. La acción de reforma del testamento se concede para salvaguardar la legítima, y no simplemente para sancionar la desafectuosa voluntad del testador.

En consecuencia, habrá igualmente preterición si resulta privado un heredero de la legítima que una nueva ley le atribuye, por haber omitido el causante modificar su testamento otorgado de acuerdo con la ley anterior que consideraba a aquél como forzoso.

El motivo de tal omisión no interesa en lo menor. Puede obedecer, como se deja dicho, a desafecto, o a ignorancia, o a simple olvido. El resultado es siempre el mismo: **ALGUIEN ES PRIVADO DE SU LEGITIMA, y ES ESTO LO QUE EL LEGISLADOR QUIERE EVITAR.**

En el caso de autos, doña Emma Schlichting de Justus, fué manifiestamente preterida por su esposo, quien descuidó modificar su testamento, otorgado dieciséis años antes de su muerte, para conformarlo a la nueva legislación vigente.

Pues bien, preterida la viuda de Justus, ¿cuál era la acción que le brindaba la ley en defensa de su derecho? ¿Debió acaso pedir en un procedimiento no contencioso se declarara que era heredera de su esposo, ejercitando lo que con anacronismo llama acción de complemento del testamento? O debió, más bien, demandar la caducidad del testamento en cuanto dañaba sus derechos como lo estatuye el art. 753 del Código Civil?

Se ha inclinado el Juzgado por la primera solución, y este Ministerio sostiene la segunda, que considera la única aceptable y conforme a la ley procesal y a la naturaleza del instituto reglamentado en el art. 752 del Código citado, como intentará demostrarlo.

Sostiene el Juzgado: “que la preexistencia de un testamento u otro acto de declaración judicial que instituye herederos, no es óbice para que concurra a la herencia quien está premunido del correspondiente derecho, pues la ley no proscribe la coexistencia de varios títulos hereditarios en una misma sucesión”.

¡Ciertamente! Sólo que con ese considerando no se demuestra lo que debería demostrarse, o sea que en un procedimiento no contencioso pueda declararse heredero a quien resulta preterido por el testador, sin que se haya logrado anteladamente la nulidad del testamento en cuanto daña los derechos de aquél.

Y es que semejante punto de vista resulta indemostrable. Ya en Roma hacia el fin de la República, para que pudiera abrirse la sucesión *ab-intestato*, cuando el testador había desconocido el *officium pietatis* al no dejar parte de su fortuna a los parientes, debieron éstos ejercitar la querella *inofficiosi testamenti*, para que se anulara el testamento.

Al parecer, supone el Juzgado, vigente y aún ampliado el Derecho Romano clásico, cuando el testamento era nulo *ab initio*, si se omitía al hijo del testador, sin que aquél necesitara ejercitar previamente la querella.

Pero aún entonces se conocía perfectamente la naturaleza jurídica de la querella. Se la concebía como una *petitio hereditatis*, o acción real en reclamación de herencia, pues el demandante persigue obtener como heredero *ab intestato* toda o parte de la sucesión.

Por eso es que, si bien enuncia el Juzgado una verdad resabida al consignar: “que la persona que acredita su derecho con prueba instrumental debe ser declarada heredera en el procedimiento no contencioso que promueva, en aplicación de “lo que preceptúa el art. 1218 del propio Código”, se equivoca al imaginar que ha acreditado su derecho, quien no ha obtenido antes la caducidad del testamento que la ha preterido, ejercitando a ese fin una acción que, por su naturaleza, no puede ventilarse en procedimiento no contencioso.

Percíbese en la resolución del Juzgado la influencia del Derecho Justiniano que, ampliando una Constitución del año 361, dispuso que los legitimarios que hubiesen recibido alguna cosa en virtud del testamento, no pudieran ejercitar la querella, sino sólo una "acción en complemento" de su legítima.

Las cosas han cambiado, sin embargo, desde entonces. El mismo Justiniano estableció que la omisión de cualquier legitimario no anulaba *ab initio* el testamento, que sólo podía ser atacado por medio de la querella; y de otro lado, al disponer que declarada fundada ésta no caducaba todo el testamento sino sólo en cuanto dañaba al preterido, hizo desaparecer toda diferencia entre la "querella *inofficiosi testamenti*" y la "acción en complemento" de legítima.

Y así lo ha pensado también nuestro legislador, al establecer en el art. 753 del Código Civil que "cuando el testador ha preterido en todo o en parte al heredero forzoso y éste sobrevive y no es indigno, caduca el testamento en cuanto daña los derechos del preterido".

Para terminar, basta leer los artículos 1212 y siguientes del C. de P. C., relativos a la declaración de herederos, para convencerse de que ella sólo puede haberse en procedimiento no contencioso cuando no existe testamento, y que, presentado éste, debe cortarse el juicio según reza la parte final del art. 1221 del acotado.

Por todas estas razones y otras muchas que silencio para no extender inusitadamente este recurso, y cuyo mérito estoy seguro apreciará el Tribunal Superior, solicito que usted, señor, eleve los autos en el día, en mérito de la apelación interpuesta, arts. 1097 y 1095 del C. de P. C.

Lima, 29 de marzo de 1947.

PORTOCARRERO OLAVE.

DICTAMEN DEL SEÑOR FISCAL DE LA CORTE SUPERIOR

Señor:

El error del auto apelado es manifiesto. No necesito aducir otros fundamentos que los que expone el señor Agente Fiscal en su dictamen y amplía con lucidez en el escrito de apelación.

Opino pues por la insubsistencia del auto apelado y la nulidad de lo actuado por ser improcedente la demanda.

Lima, 17 de mayo de 1947.

VILLEGAS.

RESOLUCION DE SEGUNDA INSTANCIA

Lima, veintitrés de junio de mil novecientos cuarentisiete.

Vistos; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal, y considerando: que conforme a lo dispuesto por la última parte del artículo mil doscientos veintiuno del Código de Procedimientos Civiles, presentado el testamento debe cortarse el procedimiento de declaratoria de herederos; que, por lo tanto, existiendo testamento no puede seguirse el procedimiento no contencioso de declaratoria de herederos, en forma complementaria, no reconocida por la ley; que los derechos a la herencia, reclamados a fojas ocho y amparados por el artículo mil ochocientos treinta del Código Civil, sólo pueden ejercitarse en la vía ordinaria y no dentro de un procedimiento no contencioso: declararon **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada de fojas

veinte vuelta, su fecha veintiséis de marzo último, y nulo lo actuado, dejando a salvo el derecho de doña Emma S. viuda de Justus, para que lo ejercite, con arreglo a ley; y los devolvieron.

ECHEVARRIA.

SERPA.

IBERICO.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Emma S. viuda de Justus solicita se le declare heredera de su esposo don Walter Justus, quien falleció el 30 de octubre de 1946, bajo el imperio de su testamento otorgado el 15 de diciembre de 1930, o sea cuando según la legislación vigente entonces la cónyuge no tenía la calidad de heredero forzoso.

Mientras el Ministerio Fiscal en las instancias inferiores y la Corte Superior, sostienen que se trata de un caso de caducidad del testamento por haberse preterido a la cónyuge y que por lo tanto debió seguirse el juicio ordinario (art. 753 del C. C.,) la parte solicitante y el Juzgado de Primera Instancia, consideran que no es el caso de una preterición de heredero, por cuanto, a la fecha del testamento, la cónyuge no tenía por mandato legal la condición de heredero forzoso.

No tiene consistencia jurídica que se deba entender la preterición de heredero, por cuanto el causante no modificó su testamento, no obstante de haber sobrevivido 10 años a la vigencia del Código Civil actual, porque entonces la preterición ya no se derivaría del testamento mismo, sino de una omisión del causante que no rehizo su testamento para conformarlo a la actual legislación, lo que es insostenible, conforme al propio texto del art. 753 del C. C.

Interpretando el artículo 1830 del C. C., conceptúa que no hay inconveniente para que se acceda a la solicitud de doña Emma S. viuda de Justus, quien ha acreditado su condición de

cónyuge supérstite, en cuya condición debe concurrir con sus hijas a la herencia de su esposo en la forma prevenida por la ley.

En consecuencia opino porque se declare que HAY NULIDAD en la sentencia recurrida, modificándola se confirme el auto de primera instancia.

Lima, 10 de mayo de 1948.

Astete Vargas.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, cinco de junio de mil novecientos cuarentiocho.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal: declararon **NO HABER NULIDAD** en la resolución de vista de fojas cuarenta, vuelta, su fecha veintitrés de junio del año próximo pasado, que declara insubsistente la sentencia de primera instancia de fojas veinte vuelta, su fecha veintiséis de marzo del mismo año, y nulo todo lo actuado en los seguidos por doña Emma Schlichting de Justus con el Ministerio Fiscal, sobre declaratoria de herederos de don Walter Justus; con lo demás que contiene: condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Valdivia.— Noriega.— Cox.— Eguiguren.— Checa.

Se publicó conforme a ley.

Jorge Vega García.