

Cuando el cónyuge superstite 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% para las demandantes y el otro 50% 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 reconvencción; estableciendo que los bienes inventariados deben partirse en la proporción del 75% para la viuda y el 25% restante, por partes iguales, para las demandantes; excluyendo de la participación la suma de \$. 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% de los bienes inventariados, por concepto de gananciales, y a las demandantes el otro 50%. Doña Clara Picasso vda. de Concha ha interpuesto recurso de nulidad.

El art. 704 del C. C. contiene una norma que rige la su-

cesión 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.

Sote'o.

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 veintiseis 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 veintidos 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 noventaicinco 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, noventiseis, noventisiete, ciento cuatro, ciento cinco y ciento seis y especialmente con el texto del proyecto de mil novecientos treintiseis, cuyo artículo seiscientos noventiseis estatuyó: “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 se 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 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 cuatro del Código Civil, tomado del artículo setecientos noventiseis 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 fué

la sustentada por mí en dieciséis de octubre de mil novecientos treinta y siete, al absolver la consulta formulada por el señor doctor Octavio Cebrenos, en su condición de Presidente de la Corte de Huánuco y de ello dió cuenta en su Memoria leída el dieciocho de marzo de mil novecientos treinta y ocho, habiendo sido aprobada previamente la respuesta por el muy ilustre juriscónsulto señor doctor Manuel Augusto Olaechea según lo hice constar en la acta respectiva; que tal tema y los otros conexos fueron ce tero y ampliamente expuestos por el doctor José Ezequiel Hurtado Gonzáles, en su tésis para el bachillerato, escrita bajo mi dirección y con consulta del doctor Manuel Augusto Olaechea, y presentada el veintiséis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, 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 1948.

Procede de Lima.