

**EL TESTADOR PUEDE DISPONER DE LA PORCION DE LIBRE DISPOSICION EN FAVOR DE CUALQUIER PERSONA CAPACITADA PARA HEREDAR.**

**DICTAMEN FISCAL:**

Señor:

Doña Isabel Panizo y Lostaunau viuda de Picasso que falleció en esta ciudad el 14 de febrero de 1944 bajo la vigencia de su testamento público otorgado ante el Notario Córdova de 7 de octubre de 1938, el que en copia certificada corre a fs. 7, en el que instituyó como sus herederos a sus hijos legítimos Francisco, Antonio, Enrique, Humberto, María Asunción, Florencia, Clara y Victoria, dice en la cláusula quinta: "haciendo uso de la facultad que me confiere la ley, dejo el tercio de mis bienes a mis hijas Clara Picasso de Concha y Victoria Picasso de Vegas, sin perjuicio de la legítima que les corresponde según la cláusula siguiente", en la que instituye como sus únicos herederos a sus ocho nombrados hijos que se repartirán los "dos tercios restantes de los bienes en partes iguales: es decir, un octavo de dichas dos terceras partes para cada uno".

Estimando que la disposición que contiene la trascrita cláusula 5ª en favor de doña Clara de Concha y de doña Victoria de Vegas, es constitutiva de la mejora de que se ocupan los arts. 707 y 708 del C. Civil y que por lo mismo debe reducirse en beneficio a la proporción que el último establece, los herederos Dn. Francisco, Dn. Humberto y Dn. Antonio Picasso Panizo, interponen con este objeto y con el nombre de reducción de mejora contra las nombradas beneficiarias, la demanda de fs. 5, la que contestada negativamente por el apoderado de éstas en su escrito de fs. 10, afirmando no tratarse de mejora, sino de la libre disposición autorizada por el art. 700 del mismo Código, y sustanciada la causa con arreglo a su naturaleza ordinaria, fué declarada sin lugar la demanda por sentencia de primera instancia de fs. 43, la que confirmada por la Superior de vista de fs. 77, con el voto discordante del señor Vocal Dr. Valdez Tudela, motiva el recurso de nulidad traído por los actores.

De los divergentes puntos de vista planteados y sustentados respectivamente por la demanda y contestación, se ve que la solución de la contienda consiste en saberse, si la libre disposición del tercio de los bienes de que se ocupa el art. 700 del C. Civil, puede hacerla el testador en favor de cualquier persona capacitada para heredar, sin distinción alguna o si están excluidos de ese beneficio los descendientes del testador instituidos, entre otros, como herederos.

La ley no consigna disposición alguna restrictiva o limitativa de esta facultad del testador en cuanto a la calidad o condición de la persona del bene-

ficiario: lejos de ello, al establecer el citado art. 700 el derecho que le concede de disponer libremente de sus bienes, le da amplia facultad para hacerlo en favor de quien quiera que sea, y así no se explicaría que si puede y tiene el derecho de beneficiar de esta manera a extraños, estuviera privado de la facultad de hacerlo en favor de alguno o algunos de sus propios hijos que por motivos que tuviera fuera su voluntad beneficiarles de esta manera, al amparo de la disposición citada.

Por otra parte, es indiscutible que en aplicación de ella y por disposición del tercio en favor de quien quiera que fuera, la masa hereditaria para los herederos queda reducida a los dos tercios de los bienes del testador distribuibles en el caso de autos en 8 partes iguales, como lo dispone el testamento, lo que no se habría observado ni discutido, caso de ser extraños los beneficiarios, ¿qué motivo legal ni de justicia puede existir para que si el beneficio se hace en favor de dos hijos del testador, los otros que en el primer caso no habrían sentido afectados ni mermados sus derechos con la octava parte de los dos tercios que les correspondía por herencia, ahora sí encontraran deficiente su acción con esa misma parte?

El punto de vista de los demandantes de que no otra cosa que una mejora de su haber hereditario, en favor de los demandados, es lo que contiene la disposición de la cláusula quinta del testamento, no está apoyado ni por la letra propia de esa disposición, ni por el propósito que la inspira, ya que al establecer concretamente en la cláusula sexta que las dos terceras partes restantes de sus bienes, deducida la tercera de su libre disposición, se distribuirán en partes iguales entre sus ocho herederos, agregando para mayor claridad y precisión de su propósito que debe tocarles una octava de dichas dos terceras partes a cada uno, indica claramente la voluntad de la testadora que no entró en su propósito que se hiciera la reducción de que se ocupa el art. 708 para los casos de mejora, sino la percepción íntegra para sus hijas doña Clara y doña Victoria del tercio de sus bienes más el octavo de las dos terceras restante para cada una; o sea que cuando dice en la indicada cláusula quinta que hace uso de la facultad que le confiere la ley, se refiere al art. 700 sobre la libre disposición del tercio que él ampara y que la entrega en su integridad a sus dos nombradas hijas a las que beneficia y no se refiere a los arts. 707 y 708 sobre mejoras, en cuyo caso sí habría procedido la reducción que prevé este último artículo que persigue la demanda.

Y como dentro de este propio concepto el Juez de Primera Instancia la ha declarado sin lugar por su sentencia de fs. 43, opino que procede declarar la NO NULIDAD de la recurrida de fs. 77 que la confirma.

Lima, noviembre 24 de 1949.

SOTELO.

## RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 18 de octubre de 1950.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: con el voto escrito de los señores Vocales doctores Valdivia y Pinto, que rubricará el Secretario: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas sesenticuatro, su fecha veintitrés de junio de mil novecientos cuarentiocho, que confirmando la de primera instancia de fojas cuarentitrés, su fecha nueve de enero del mismo año, declara sin lugar la demanda de fojas cinco interpuesta por don Francisco Picasso Panizo a la señora Clara Picasso viuda de Concha y a la señora Victoria Picasso de Vegas, sobre reducción de mejora; condenaron en la multa de cuatrocientos soles y en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— FUENTES ARAGON.— COX.— CHECA.— *Francisco Velasco Gallo*.—Secretario.

En la causa seguida por don Francisco Picasso y otros contra doña Clara Picasso viuda de Concha y otra, sobre reducción de mejora; mi voto, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal, es porque NO HAY NULIDAD en la sentencia de vista, que confirma la apelada y declara infundada la demanda, con lo demás que contiene.— Lima, 10 de agosto de 1950.— PINTO.— *Francisco Velasco Gallo*.—Secretario.— Considerando: que el testador puede disponer hasta de uno de los dos tercios de sus bienes destinados a la legítima para mejorar a sus descendientes; que la porción de libre disposición que le concede el artículo setecientos del Código Civil se ha instituido para que pueda emplearla en beneficiar a los extraños; y constituyen una mejora la estipulada en la cláusula quinta del testamento de doña Isabel Panizo de Picasso debe reducirse a los límites fijados por el artículo setecientos ocho del mismo Código: mi voto es porque HAY NULIDAD en la sentencia de vista, y que reformándola y revocando la apelada, se declare fundada la demanda, y se reduzca la mejora a su límite legal.— Lima, doce de abril de mil novecientos cincuenta.— VALDIVIA.— *Francisco Velasco Gallo*.—Secretario.

Cuaderno N° 941.— Año 1949.— Procede de Lima.