LA PORCION HEREDITARIA DEL CONYUGE ES IGUAL A LA MITAD DE LA HERENCIA CUANDO CONCURRE CON HERMANOS; CON PRESCINDENCIA DE LOS GANANCIALES, QUE LE CORRESPONDEN POR DERECHO PROPIO.

DIOTAMEN FISCAL

Señor:

Eulogio Linares interpone demanda de partición de los bienes que enumera, dejados por su hermano materno Melchor Castro Linares, a fin de que se le otorgue el 50% de la herencia, por cuanto el resto de bienes, en igual proporción, corresponde a doña Vicenta Espinoza viuda de Castro, en su condición de cónyuge supérstite y a quien demanda, asimismo, el pago de los beneficios que ha obtenido de dichos bienes desde la muerte de su causante.

La demanda conviene a fojas 14 que parte de los bienes materia de la partición son los indicados por el actor, pero sostiene que es necesario deducir sus gananciales que ascienden a la mitad de todos los bienes y que de la otra mitad, que es la masa hereditaria, corresponde el 50% a cada una de las partes. A su vez reconviene para que sea objeto de la partición un inmueble situado en Mollendo y para que el demandante le pague los frutos que ha percibido del mismo desde el año 1933.

Absuelta la reconvenición a fs. 16 y tramitada la causa con arreglo a los trámites que a su naturaleza corresponde, el Juez le pone término por la sentencia de fs. 50, declarando fundada la demanda y la reconvenición. Apelada esta sentencia es confirmada a fs. 59 vta., por el Superior Tribunal, lo que origina recurso de nulidad de la demandada, que le es concedido por auto de fs. 61 vta.

Estando legalmente acreditado que Eulogio Linares y Vicenta Espinoza viuda de Castro, son herederos de Melchor Castro Linares, quienes además, están de acuerdo en los bienes que deben ser objeto de la partición, sólo cabe considerar la proporción que co-

rresponde a cada uno ya que a este respecto, han sostenido puntos de vista distintos.

En el caso sub-litis y de acuerdo con el artículo 768 del Código Civil, la porción del cónyuge es igual a la mitad de la herencia. Pero esta disposición hay que relacionarla con la regla contenida en el artículo 704 del propio Código, que dispone que la legítima del cónyuge es una cuota igual a la que le correspondería como heredero legal, pero la perderá si sus gananciales llegan o exceden al monto de la cuota. Como en el presente caso sólo concurren a la herencia, el hermano materno y la viuda del causante, esto es demandante y demandada y como las ganancias de esta última llegan al 50% de los bienes, es evidente, en aplicación de las disposiciones legales indicadas, que su cuota no puede exceder de dicha proporción y en consecuencia, corresponde dividirse los bienes por mitad, a favor de cada una de las partes.

En cuanto al pago de los beneficios de los bienes que administra la demandada y del que tiene a su cargo el demandante, su procedencia resulta manifiesta, a tenor de lo dispuesto por el artículo 899 del citado Código por cuanto está probado fehacientemente el derecho que las partes tienen a percibir el porcentaje que les respecta y por que dichos bienes producen beneficios ya que están alquilados.

En tales circunstancias considero arreglada a ley la sentencia recurrida, confirmatoria de la de Primera Instancia, por cuyas razones soy de opinión que la Corte Suprema, puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD.

Lima, 30 de marzo de 1950.

Sotelo.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diecinueve de julio de mil novecientos cincuentiuno.

Vistos; en discordia de votos; con el voto escrito del señor Vocal doctor Cox que rubricará el Secretario; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que el artículo setecientos cuatro del Código Civil no es de aplicación al caso de autos, por lo dispuesto en el numeral setecientos sesentiocho del mismo cuerpo de leyes, que inequívocamente establece que la porción del cónyuge es una mitad de la herencia al concurrir con hermanos del premuerto, sin que esa proporción esté sujeta al monto de los gananciales, por cuanto estos le corresponde por derecho propio: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas cincuentinueve vuelta, su fecha trece de octubre de mil novecientos cuarentinueve, que confirmando la de primera instancia de fojas cuarentinueve, su fecha tres de diciembre de mil novecientos cuarentiocho, declara fundada la demanda de fojas una, interpuesta por don Eulogio Linares y que los bienes dejados por don Melchor Castro Linares deben dividirse entre su viuda, doña Vicenta Espinoza viuda de Castro y su hermano materno don Eulogio Linares en la proporción del cincuenta por ciento para cada uno; reformando la primera y revocando la segunda: declararon que de dichos bienes corresponde el cincuenta por ciento a su viuda, la nombrada doña Vicenta Espinoza, en concepto de gananciales; y que el resto que constituye herencia, debe dividirse en partes iguales entre aquella y su hermano don Eulogio Linares; con lo demás que contiene; sin costas; y los devolvieron.— **Zavala Loiza.**— **Láinez Lozada.**— **Eguiguren.**— **Sayán Alvarez.**

Francisco Velasco Gallo.—Secretario.

El infrascrito Secretario certifica que los fundamentos del voto del señor Vocal doctor Láinez Lozada son los siguientes: que los gananciales pertenecen al cónyuge supérstite por derecho propio y no constituyen herencia; que el Código Civil al señalar en sus disposiciones especiales la cuota hereditaria del cónyuge, dispone por el

artículo setecientos sesenticinco que cuando concorra con hijos u otros descendientes, se observará la regla del artículo setecientos cuatro; que tal taxativa no funciona cuando el cónyuge concorra con hermanos, pues el artículo setecientos sesentiocho del acotado que es el aplicable al caso de autos, define con precisión que la porción que le corresponde es igual a la mitad de la herencia.

Francisco Velasco Gallo.—Secretario.

Mi voto, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, es porque se declare **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de vista que confirmando la de primera instancia declara fundada la demanda de fojas una, interpuesta por don Eulogio Linares y que los bienes dejados por don Melchor Castro Linares deben dividirse entre su viuda doña Vicenta Espinoza viuda de Castro y su hermano materno, el nombrado don Eulogio Linares en la proporción del cincuenta por ciento para cada uno; con lo demás que contiene.—**Noriega.**

Francisco Velasco Gallo.—Secretario.

El voto del Vocal que suscribe es porque, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, se declare **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de vista confirmatoria de la de primera instancia por la que se declara que la mitad de la herencia corresponde a doña Vicenta Espinoza viuda de Castro y la otra mitad a los hermanos del intestado.—Lima, diez de julio de mil novecientos cincuentiuno.—**Cox.**

Francisco Velasco Gallo.—Secretario.

Mi voto es por la **NULIDAD** de la sentencia de vista y que revocando la apelada se declare infundada en todas sus partes la demanda de fojas una, interpuesta por don Eulogio Linares, por ser la única heredera del cónyuge premuerto su viuda doña Vicenta Espinoza viuda de Castro, a mérito de los fundamentos siguientes: que en el anteproyecto del actual Código Civil se estableció, que en materia de derechos hereditarios, como preceptos fundamentales los que llevan los números seiscientos noventitrés y seiscientos noventicuatro, en el primero de los cuales se otorga a los padres, a los hijos de todo orden y a los descendientes de éstos el derecho

a la legítima en los dos tercios del caudal relicto y en el segundo de esos numerales se dejó establecido que al no haber aquellos legitimarios, pero sí otros ascendientes, la legítima de éstos sería la mitad de aquel caudal; que al no ser considerado el cónyuge en los preceptos antes enunciados, los codificadores, en el dispositivo seiscientos noventiseis, sólo condicionalmente lo asimilaron al legitimario, permitiéndole concurrir con éste en el caso de no tener gananciales o bien cuando éstos sean menores a la cuota de la legítima, en este último caso para el efecto de agregar a los gananciales la fracción que permita igualar dicha cuota; que la condicionalidad impuesta al cónyuge en el numeral seiscientos noventiseis del anteproyecto guardaba concordancia con los seiscientos noventitrés y seiscientos noventicuatro, cuyos preceptos básicos armonizaban también lógicamente con el setecientos cincuenticinco, y éste al considerar al cónyuge en el cuarto orden permitía restringir sus derechos al concurrir con herederos de orden anterior; que la Comisión Revisora del anteproyecto, designada por el Congreso Constituyente de mil novecientos treintiseis, introdujo una reforma radical, al añadir al texto de los dispositivos seiscientos noventitrés y seiscientos noventicuatro, el término "cónyuge", con cuya adición prevalecen en los artículos setecientos y setecientos uno del Código Civil; que al promulgarse éste tenía que variar radicalmente el régimen contemplado por los codificadores, para amoldarse al de la Comisión Revisora la cual otorgó al cónyuge pleno derecho en la legítima, en la misma condición que a los padres, a los hijos y a los descendientes de éstos; que a ese carácter incondicional de legitimario resulta antagónico la inserción en el Código vigente del artículo setecientos cuatro, reproducción del seiscientos noventiseis del anteproyecto, por que en éste tenía un sentido lógico, cual era el de asimilar condicionalmente al cónyuge con los legitimarios; que por ser básicos los artículos setecientos y setecientos uno del Código Civil, sus preceptos imperativos prevalecen sobre cualquier otro dispositivo que en el mismo cuerpo de leyes le sea contrario, con la sola excepción del artículo setecientos sesenticinco, en razón de que la Comisión Revisora no sólo en él mantuvo el texto del numeral setecientos sesenta del anteproyecto, sino que le añadió el último párrafo; que en cualquier otro caso el cónyuge viene a ser heredero en el caudal relicto, independientemente de los gananciales que no son herencia sino bienes propios del supérstite; que

el derecho de los legitimarios siendo inalterable para el testador, se hace forzoso al no haber testamento y en este carácter es excluyente de los herederos simplemente legales, tales como hermanos y otros de orden subalterno; y así como cuando hay hijos y padres no concurren a la herencia los parientes de orden meramente legal, tampoco concurren éstos si sólo hay cónyuge, por ser éste heredero forzoso, en idéntico grado al de hijos y padres, por lo categóricamente dispuesto en el artículo setecientos del Código Civil; que en el anteproyecto era congruente el numeral setecientos sesentidós; pero en el Código resulta insalvablemente ilógico el artículo setecientos sesentiocho, reproducción del número que se acaba de enunciar, y en la antítesis de éste con el setecientos, forzosa y necesariamente prevalece este último, por ser precepto sustancial que regula el sistema sucesorio.—**Frisancho.**

Se publicó conforme a ley.

Francisco Velasco Gallo.—Secretario.

Exp. N^o 1402/49.—Procede de Lima.