

**CUANDO LA HERENCIA ESTA CONSTITUIDA POR BIENES PROPIOS DEL TESTADOR, NO ES DE APLICACION LA SEGUNDA PARTE DEL ART. 704 DEL C. C., DICTADA SOLO PARA EL CASO DE EXISTIR BIENES GANANCIALES**

**NO EXISTIENDO LA CONCURRENCIA DE LEGITIMARIOS, DESDE QUE EL CONSORTE SUPERSTITE ES EL UNICO CON LA EXPRESADA CALIDAD SUCESORIA, RESULTA DUEÑO Y POSEEDOR EXCLUSIVO DE LOS DOS TERCIOS A QUE ASCIENDA LA LEGITIMA DEJADA POR EL TESTADOR, YA QUE LA CUANTIA DE LA PROPORCION DISPONIBLE ES LOS DOS TERCIOS DE LOS BIENES DE HERENCIA, PORCION PATRIMONIAL QUE EN SU INTEGRIDAD FORMA LA DENOMINADA LEGITIMA (ART. 704 C. C.)**

**EL TESTADOR QUE DEJA COMO SU HEREDERO UNIVERSAL Y UNICO A SU CONYUGE, NO PUEDE DEJARLES A SUS HERMANOS EN CONCEPTO DE LEGADOS, BIENES QUE EXCEDAN DE SU CUOTA DE LIBRE DISPOSICION, YA QUE LA LEGITIMA DEL CONYUGE ES INTANGIBLE (ART. 705 C. C.).**

**EN LA HERENCIA TESTADA, EL CONYUGE ES HEREDERO FORZOSO Y LOS HERMANOS DEL TESTADOR NO LO SON; POR LO QUE SOLAMENTE FIGURAN COMO LEGATARIOS.**

#### DICTAMEN FISCAL

Exj. 322/51.—Procede de Lima.

Señor:—Don Juan José Miranda y Herencia, falleció bajo el imperio de su testamento otorgado por escritura pública el 22 de abril de 1940, ante el Notario Chepote, que en testimonio corre a fs. 1. En dicho acto el testador, por las cláusulas 6a. y 7a., lega a sus hermanas María Mercedes, Blanca Rosa, María Corina, María Francisca y María Susana Miranda los terrenos de "Ocas" y la participación que tiene en los fundos "San Miguel" y "Pi-

chinga''; deja constancia en la primera parte de la cláusula 8a., que esos fundos están arrendados debiendo su esposa doña Ana Pérez de Miranda percibir, a su fallecimiento, la mitad de los arrendamientos, y en la 2a. parte de dicha cláusula dispone que en caso que sus hermanas tuvieran oportunidad de poder venderlos, del producto de la venta su citada esposa recibirá la suma de S/o. 100,000.00, sin deducir ni descontar suma alguna; instituyendo en la cláusula décima como sus únicas herederas a su esposa y a sus cinco hermanas nombradas.—Estas últimas han interpuesto la demanda de fs. 9, por haberseles presentado la oportunidad de vender los fundos "Pachinga" y "San Miguel", para que contra el pago de la suma de S/o. 100,000.00 se declare que está cumplida la voluntad del testador expresada en la última parte de la cláusula 8a., y que, por consiguiente, las actoras quedan como propietarias únicas de dichos inmuebles en libertad de venderlos; acción que ha sido contestada a fs. 14 y 19, contradiciéndola y formulando reconvenición para que se reduzca los legados, se declare la nulidad de la última parte de la precitada cláusula 8a., que la institución de heredero se entiende en la proporción de 2 tercios para la demandada y un tercio para las actoras; y se proceda a la partición de los bienes y sus frutos. — Tramitada la causa, el Juzgado de Primera Instancia en la sentencia de fs. 129, y auto ampliatorio de fs. 140, ha declarado infundada la demanda y fundada, en parte, la reconvenición; sentencia que ha sido confirmada por la vista de fs. 176 y de la que recurren ambas partes. — Los bienes dejados por el testador, constan de los instrumentos públicos que corren en autos, de los que se hace el análisis respectivo en la sentencia de Primera Instancia, que carece de objeto repetir. — Según se ha hecho notar, el testador en las cláusulas 6a. y 7a. dispone de sus bienes en legados a favor de sus hermanas, lo que contradice la disposición del art. 700 del C. C. pues teniendo cónyuge sólo puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes, y de acuerdo con el art. 719 del mismo Código los legados deben imputarse al tercio de libre disposición en este caso, reduciéndose, por consiguiente, a la proporción legal. — La cláusula 8a. es válida en su primera parte y no lo es en su segunda parte, pues verifica una partición que puede perjudicar los derechos de la esposa, heredera forzosa, al asignársele suma determinada so-

bre el valor de los fundos, a los que tiene derecho como heredera, suma que puede ser menor de su participación legal. Del resto de la herencia que lo constituyen los dos tercios, a los que indudablemente y con arreglo a ley debe referirse la cláusula 10a., que instituye herederos, corresponde un tercio a la viuda y el otro a las cinco hermanas del testador, en aplicación del art. 768 del C. C., en función del art. 760 del mismo Código. — En conclusión, la demanda de fojas 1 es infundada y es fundada, sólo en parte, la reconvencción, debiendo reducirse los legados hasta el tercio de libre disposición, es nula la segunda parte de la cláusula 8a., y la partición de los bienes dejados por el testador debe verificarse en la proporción siguiente: un tercio para las demandantes como legados, otro tercio para las mismas como herencia, y el tercio restante para la viuda doña Ana Pérez de Miranda. — Como así lo ha resuelto el juzgado y la Corte Superior, opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD, en la sentencia recurrida.

Lima, 21 de julio de 1951.

Sotelo.

---

#### RESOLUCION SUPREMA

Lima, ocho de octubre de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; en discordia; con lo expuesto por el señor Fiscal y considerando: que en la sucesión testamentaria según el artículo setecientos del Código Civil el derecho hereditario del cónyuge supérstite así como el de los descendientes y progenitores del testador está constituido por los dos tercios en los bienes que deja a su fallecimiento, correspondiendo el tercio restante a la cuota de libre disposición, sujeta respecta a su destino al arbitrio del testador; que no determinando el citado artículo setecientos, formulado dentro de la sucesión testamentaria, cuál es la cuota que corresponde al cónyuge en su concurrencia con los demás legitimarios que enumera, lo hace la primera parte del artículo setecientos cuatro del mismo Código incorporando en su texto como principio general, en este punto, para el régimen de las legíti-

mas, el mismo que regula su concurrencia en la sucesión legal, y que, por eso, en su aplicación a la sucesión testamentaria presupone necesariamente la concurrencia de legitimarios; que no existiendo en el caso subjudice la concurrencia de legitimarios, desde que el consorte supérstite es el único con la expresada calidad sucesoria, resulta incuestionablemente dueño y poseedor exclusivo de los dos tercios a que asciende la legítima dejada por el extinto testador, por mandato del referido precepto legal que dice terminantemente que la cuantía de la porción indisponible es los dos tercios de los bienes de la herencia, porción patrimonial que en su integridad forma la denominada legítima, que siendo ella intangible como prescribe el artículo setecientos cinco del mismo cuerpo de leyes que preceptúa que “sobre las legítimas no podrá el testador imponer gravamen, modalidad ni sustitución de ninguna especie”, están incurso en tal prohibición las cláusulas sexta, séptima y octava del testamento que en copia certificada corre a fojas una, por las que hace asignaciones en favor de sus hermanas, que afectan y exceden la cuantía de la legítima del cónyuge demandante, adoleciendo por ese concepto tales disposiciones de eficacia legal, cuyo efecto es la nulidad de la cláusula octava y que deben reducirse las asignaciones de las cláusulas sexta y séptima en cuanto exceden el tercio de libre disposición de la totalidad de la masa hereditaria; que como todos los bienes que constituyen la herencia de que se trata son bienes propios del testador, no es aplicable la segunda parte del ya citado artículo setecientos cuatro dictada para el caso de haber bienes gananciales; y que, finalmente, el acervo hereditario fincado por el causante consistente en el fundo “Ocas” de su exclusiva propiedad; el fundo “San Miguel”, también suyo, en la mitad más un sexto de la otra mitad del mismo dejada por la madre del causante doña Juana Herencia viuda de Miranda, después de deducido el quinto con que mejoró a sus hijas; y el sexto del fundo “Pachinga” que fué también de la madre del causante dejada a sus hijos, deducido igualmente el quinto de mejora a las hijas; como asimismo la cantidad de un mil doscientos treinta y ocho centavos y los frutos de los bienes que constituyen la herencia, deben dividirse, correspondiendo en todos ellos los dos tercios a la cónyuge doña Ana Pérez de Miranda y el tercio restante por iguales partes entre las hermanas do-

ña María Mercedes, doña Blanca Rosa, doña María Corina, doña María Francisca y doña María Susana Miranda Herencia; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento setentiséis, su fecha ocho de mayo de mil novecientos cincuenta y uno que confirmando la apelada de fojas ciento veintinueve y auto ampliatorio de fojas ciento cuarenta, sus fechas once y catorce de julio de mil novecientos cincuenta, respectivamente, ordena que los dos tercios que constituyen el acervo hereditario de don Juan José Miranda, deducido el tercio de libre disposición, se divida en dos partes iguales, una para el cónyuge supérstite y la otra para las hermanas del causante; reformando la primera y revocando la segunda: declararon que dichos dos tercios corresponden íntegramente a la cónyuge doña Ana Pérez de Miranda y el tercio restante a las hermanas del testador doña María Mercedes, doña Blanca Rosa, doña María Corina, doña María Francisca y doña Susana Miranda Herencia, por partes iguales; con arreglo a cuya proporción debe hacerse la división y partición; sin costas; y los devolvieron.—**Garmendia, Maguiña Suero.—Valverde.—Tello Vélez.**

**Dagoberto Ojeda del Arco.**—Secretario.

Considerando: que la cuestión que se ventila se concreta a precisar si para establecer la legítima del cónyuge en caso de sucesión testamentaria concurriendo con hermanos del causante, es aplicable el artículo setecientos o el artículo setecientos cuatro del Código Civil; que la primera de las disposiciones citadas determina en forma directa la cuota de libre disposición del testador y en forma indirecta y deductiva la porción que corresponde a los distintos legitimarios que puedan concurrir a una herencia; que la técnica de este precepto de orden general, es semejante al de las legislaciones que no dan participación en la herencia al cónyuge como heredero y que inspirándose en ellas reprodujo el Código Civil derogado de mil ochocientos cincuenta y cinco en sus artículos seiscientos noventa y seis y seiscientos noventa y siete; que el Código Civil vigente, no obstante haber consagrado la reforma que da al cónyuge vocación hereditaria, no le reconoce participación en la herencia con la misma amplitud que a los demás legitimarios, sino que al consignar la regla del artículo setecientos cuatro ha determinado su legítima en forma directa

y expresa, equiparándola por un lado a la cuota que le tocaría como heredero legal y limitándola por otro con relación a los gananciales que pudieran corresponderle; que tal disposición legal hace aplicables a la sucesión testamentaria en la herencia del cónyuge, las normas que rigen para la sucesión ab-intestato y procede por esto coordinarla en su aplicación con el artículo setecientos sesenta que hace al cónyuge heredero concurrente con los de los tres primeros órdenes, o sea descendientes, ascendientes y hermanos, en tanto que los demás legitimarios que no están en tal situación privilegiada del cónyuge, se excluyen los unos a los otros según el orden de sucesión que estatuye el mismo artículo citado; que, en esta forma, la legislación civil vigente al reconocer como nuevo legitimario al cónyuge por razón de matrimonio lo hace en condiciones diferentes de la de los legitimarios tradicionales por vínculo de consanguinidad; que por todas estas razones, en el caso de autos, la porción hereditaria del cónyuge queda reglada por el artículo setecientos sesentiocho del Código Civil que le asigna la mitad de la herencia por concurrir con hermanos del causante; que esta interpretación del artículo setecientos cuatro relacionándolo con el artículo setecientos sesentiocho, hace aplicable además la misma norma tanto a la herencia legal como a la testamentaria, cuando concurren cónyuge y hermanos, evitando así la contradicción que resultaría de al otorgarse testamento no se pudiera dejar como herencia a los hermanos la misma proporción que les tocaría según el artículo setecientos sesentiocho cuando el causante fallece intestado; y que, en el presente caso, al disolverse la sociedad conyugal Miranda-Pérez no han existido bienes gananciales: nuestro voto es porque se declare HABER NULIDAD en la sentencia de vista; y porque reformándola y revocando la apelada se declare que a doña Ana Pérez de Miranda en su condición de cónyuge supérstite le corresponde el cincuenta por ciento de los bienes dejados por el causante don Juan José Miranda.—Sayán Alvarez.—Checa.

Dagoberto Ojeda del Arco.—Secretario.

Mi voto, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal y por su fundamentos es porque se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista que confirmando la apelada declara infun-

dada la demanda de fojas nueve y fundada en parte la reconven-  
ción y su ampliatoria y en consecuencia que los bienes dejados  
por don Juan José Miranda deben partirse en la siguiente forma:  
un tercio para las hermanas del causante como legados y de los dos  
tercios restantes un tercio para la cónyuge doña Ana Pérez de Mi-  
randa y el otro tercio divisible por partes iguales entre dichas her-  
manas.—**Serpa.**

Se publicó conforme a ley.

**Dagoberto Ojeda del Arco.**—Secretario.

---