

Cuando á mérito de la declaratoria de nulidad de algunas cláusulas testamentarias, está ejecutoriado que la condición de los bienes dejados á la esposa se determine al liquidarse la sociedad conyugal no procede la exclusion solicitada por el comprador respecto de los que le fueron vendidos por la viuda antes de dicha declaratoria.

Recurso de nulidad interpuesto por don Rosendo Guerra en la causa seguida con el doctor don Mariano N. Santos, sobre exclusión de bienes.

Excmo. Señor:

Doña Manuela Jesús Cabrera instituída heredera universal de su esposo don Pedro Guerra por el testamento público de 1893, que en copia corre á fojas 55, vendió una parte de los bienes rústicos que se enumeran en dicho testamento, en los que estaban comprendidos no sólo los hereditarios sino también los demás bienes de la sociedad conyugal, al doctor don José Francisco Zárate, como consta de las dos escrituras de fojas 8 y 11 otorgadas el 13 de diciembre de 1906; el comprador los vendió á su vez al doctor don Mariano N. Santos por la escritura de fojas 15 de 17 de febrero de 1907, habiéndose declarado por la ejecutoria suprema de 16 de mayo de 1907, que en copia corre á fojas 67, la invalidez de la cláusula 10ª y la final del mencionado testamento en los cuales revoca el testador el reconocimiento de sus hijos naturales don Ro-

sendo y doña Luciana Guerra é instituye á la esposa por heredera; el doctor Santos ha entablado demanda para que se excluyan los bienes que compró al doctor Zárate de la sucesión de Guerra y de la liquidación de la sociedad conyugal que debe hacerse en cumplimiento de lo dispuesto en la misma ejecutoria. La causa se ha resuelto como de puro derecho por la sentencia de fojas 37, disponiendo:

1º La exclusión de los inmuebles comprados por el doctor Santos como bienes comunes de la sociedad conyugal; y

2º Que se compute el valor de los mismos en la liquidación que debe practicarse con arreglo á la ejecutoria suprema.

En segunda instancia se ha confirmado la primera parte del fallo por la resolución de fojas 71 y revocadola última por la complementaria de fojas 74 vuelta y habiéndose declarado sin lugar la reposición pedida en el eserito de fojas 73, por el auto de fojas 81 se ha interpuesto de las citadas tres resoluciones el recurso de nulidad de que conoce VE.

Mientras no se declare la nulidad del contrato de compra venta entre la viuda de Guerra y el doctor Zárate y entre éste y el doctor Santos debe reputarse al último, dueño de los terrenos en cuestión puesto que durante la vigencia del testamento otorgado por Guerra tuvo la heredera instituída derecho para disponer de los bienes de la sucesión como los dispuso por escritura pública perfectamente ajustada á los requisitos y formalidades de la ley. Inscritos en el Registro de la Propiedad Inmueble así el testamento como la escritura de venta á favor del doctor Zárate, la trasferencia al doctor Santos es un título de dominio que no puede dejar de surtir

sus efectos hasta que la declaración de nulidad venga á invalidarlo.

La ejecutoria suprema que se invoca por la defensa no puede por si sola modificar el estado de cosas legítimamente dado por ese doble contrato. Expedida en la causa que la motiva, ciertamente que ha dejado establecidos los derechos hereditarios de don Rosendo Guerra; pero no alcanza su eficacia á reconstituir por su propia virtud la masa de la sucesión, reincorporando en ella los bienes segregados á mérito de actos jurídicos que engendraron derechos y obligaciones no contempladas en la ejecutoria, y que por eso mismo deben ser objeto de una controversia especial que defina las relaciones del heredero preterido con los compradores de los terrenos vendidos por la heredera testamentaria.

Por otra parte para que se cumpla la ejecutoria relativamente á la liquidación de la sociedad conyugal determinando la condición de los bienes designados en las cláusulas 3^a, 4^a, 5^a y 6^a del testamento, como bienes parafernales ó gananciales de la esposa de Guerra no es necesaria la incorporación material de los terrenos vendidos bastando que se tomen en cuenta por el valor que representan con tanto mayor motivo cuanto que si fuesen de la propiedad de la vendedora, como se sostiene por el comprador, el contrato de venta resultaría de una firmeza incontestable.

Véase como la exclusión de dichos terrenos no estorba el cumplimiento de la ejecutoria ni afecta los derechos del heredero, desde que abonan la responsabilidad de la vendedora los mismos bienes que le han sido reconocidos como propios en las citadas cláusulas no comprendidas en la declaración de nulidad que contiene la ejecutoria suprema.

Por lo demás la segunda parte del fallo de primera instancia que ha sido revocado, adolece de nulidad porque resuelve lo que no ha sido materia de la demanda (artículo 1649 inciso 9.º del Código de Enjuiciamiento Civil) estableciendo la forma en que debe liquidarse la sociedad legal á que se refiere la ejecutoria de 18 de mayo de 1907.

Por eso y por que no procede la reposición pedida en el escrito de fojas 73 concluye el Fiscal que no hay nulidad en las resoluciones de fojas 71 y 81 y que la hay en la de fojas 74 vuelta, que debe reformarse declarando la insubsistencia de la parte del fallo á que se refiere.

Lima, 27 de agosto de 1909.

CAVERO.

Lima, 10 de setiembre de 1909.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal, y considerando: que por la ejecutoria de 18 de Mayo de 1907 corriente á fojas 67 se dispuso que la condición de los bienes á que se refieren las cláusulas 3ª á 6ª del testamento de don Pedro Guerra se determinaría al hacerse la liquidación de la sociedad conyugal: que el personero del doctor don Mariano N. Santos demanda la exclusión de la liquidación y división de bienes de dicha sociedad de la estancia "Turpay" y de los huayllares "Gamayoc" y "Huayllapampa", para que se declare que estos bienes le corresponden en virtud de la compra que de ellos hizo al doctor don Francisco Zárate, quien los compró á su vez

á doña Manuela Cabrera viuda de Guerra; que no habiéndose definido la condición de los expresados bienes en el juicio á que hizo referencia la ejecutoria suprema, antes citada, no procede la acción que es materia de la demanda; declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 71, su fecha 7 de setiembre del año próximo pasado, completada por la resolución de fojas 74 vuelta, su fecha 8 de noviembre anterior, así como en el auto de fojas 81, su fecha 18 de diciembre último: reformando dicha sentencia y revocando la de primera instancia de fojas 37, su fecha 1.º de junio de 1908, declararon infundada la demanda interpuesta á fojas 4 por el doctor don Mariano N. Santos; y los devolvieron.

*Elmore.— Ortiz de Zevallos.—Leon.—Almenara.—Barreto. **

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.