

Para determinar si los gananciales igualan, exceden o son menores a la legítima, debe procederse necesariamente al avalúo pericial de los bienes que forman la masa hereditaria.

### Dictamen Fiscal

Señor:

El doctor Alejandro Barúa Gonzáles, casado con la señora Emilia Gonzáles Orbegoso, falleció el 3 de setiembre de 1943, sin otorgar testamento. En el juicio sobre contradicción de sentencia y declaración de paternidad a que se refiere la copia certificada de fs. 230, recayó la Ejecutoria Suprema de 22 de mayo de 1951, que declaró que doña Alejandrina Elena Barúa de León, en su condición de hija ilegítima, es heredera del intestado doctor Barúa Ganoza en concurrencia con la cónyuge superviviente doña Emilia Gonzáles Orbegoso vda. de Barúa.

Vigente la Sociedad conyugal, por escritura pública de 1º de Agosto de 1935, que en testimonio obra a fs. 194, el Banco Central Hipotecario del Perú adjudicó a los referidos, doctor Alejandro Barúa Ganoza y Emilia Gonzáles Orbegoso de Barúa el dominio del fundo Huápalas, ubicado en el distrito de Yapatera de la provincia de Morropón, del departamento de Piura, bien que fué inscrito como de la sociedad conyugal referida, como lo acredita el certificado de dominio de fs. 221.

Doña Emilia Gonzáles Orbegoso vda. de Barúa ha demandado a doña Alejandrina Elena Barúa de León la partición de la masa hereditaria y la liquidación de la comunidad. Sostiene la demandante en su recurso de fs. 4, que la adquisición de Huápalas se verificó con dinero de su exclusiva propiedad y que por derecho propio le corresponde la mitad del casco del

referido fundo, perteneciendo la otra mitad a la sociedad conyugal, divisible en dos partes, una para ella y la otra para la demandada. También ha demandado la restitución de la cantidad de S/. 1'400.000.00 que aportó al matrimonio y que debe serle entregada por la sociedad conyugal. La demanda fué contradicha a fs. 8, en el sentido de que el fundo Huápalas y sus capitales constituyen un bien común y que no existen capitales que pagar a la actora; reconviniendo la demandada para que la partición se amplíe a los frutos pendientes en el fundo referido al morir el causante común.

Tramitada la causa, el Juzgado de Primera Instancia, en la sentencia de fs. 222 ha declarado fundada, en parte, la demanda de partición y sin lugar en cuanto a la restitución de la cantidad de S/. 1'400.000.00, fundada la reconvención, y que corresponde a la demandante el 50% del fundo Huápalas, capitales y frutos, y el otro 50% pertenece a la demandada, etc.—

La Corte Superior de Lima, a fs. 300, confirmando en una parte y revocando en otra la apelada, ha resuelto que los bienes deben dividirse en la proporción de dos tercios para la demandante y un tercio para la hija, con la deducción de los gananciales conforme a la regla del art. 704 del C.C.— Ambas partes traen recurso de nulidad.

La demandante no ha podido acreditar que con bienes propios pagó al Banco Central Hipotecario del Perú la primera cuota o partida del precio del remate de Huápalas. Si como ha pretendido acreditar en el curso del juicio ese pago se verificó con los productos o frutos de sus bienes propios, siempre el bien tiene la calidad de común, porque los frutos de los bienes propios son bienes comunes, como lo determina el inc. 1º del art. 184 del C.C.

Tampoco ha podido comprobar la actora que aportó a la sociedad conyugal la cantidad de S/. 1'400.000.00 que reclama.

Los antecedentes que se dejan relacionados dejan establecido que se trata de una herencia legal, a la que concurren la cónyuge supérstite y una hija ilegítima. Es el caso determinado en el art. 765 del C.C. En consecuencia, a la actora le corresponde una cuota igual a la de un hijo legítimo, o sea el doble de lo que toca a la demandada que tiene la condición de hija ilegítima, pero observándose, como lo indica expresamente el referido dispositivo, lo que determina el art. 704 del acotado.

Como lo ha resuelto el Tribunal Superior, a la viuda corresponde dos tercios de la herencia y el otro tercio a la hija, pero con la taxativa del precitado art. 704 del C.C.

Por lo expuesto opino que procede declarar que NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 13 de Enero de 1955.

GARCIA ARRESE

### RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinte de setiembre de mil novecientos cincuentiséis.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal, y considerando: que de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo ciento setentisiete y en los incisos primero, segundo y cuarto del artículo ciento ochenticuatro del Código Civil, la herencia causada por el que fué don Alejandro Barúa y Ganoza está constituida por los bienes propios consistentes en sus acciones y derechos en los inmuebles situados en esta capital, calle Barranquita, hoy Jirón Amazonas, números treintiocho al cuarentidós antiguos, en la ciudad de Trujillo calle Bolívar número seiscientos dieciocho y en el Cerro Salaverry del distrito del mismo nombre, Departamento de la Libertad, y por bienes gananciales formados por el cincuenta por ciento de la Hacienda Huápalas, adquirida con su esposa señora Emilia Gonzáles Orbegoso de Barúa durante la vigen-

cia de su matrimonio, y por el cincuenta por ciento de los capitales y frutos existentes en dicha hacienda al tres de setiembre de mil novecientos cuarentitrés, fecha del fallecimiento intestado de don Alejandro Barúa Ganoza; que de la mencionada herencia corresponden dos tercios a la cónyuge supérstite doña Emilia Gonzáles Orbegoso de Barúa y un tercio a su hija ilegítima, reconocida por sentencia, señora Elena Barúa de León, de acuerdo con lo estatuido por los artículos setecientos sesenticinco, setecientos sesentidós y setecientos cuatro del Código citado; que en observancia de lo que establecen esas disposiciones legales, debe procederse necesariamente al avalúo pericial de los bienes relictos que forman la masa hereditaria, los cuales quedan ya especificados, para el efecto de proceder mediante esa operación técnica a la regulación proporcional sucesoria y determinar así, si los gananciales de la cónyuge igualan o exceden los dos tercios de la herencia o si son menores que tales dos tercios, a fin de que según el resultado se establezca si el valor de los gananciales de la cónyuge heredera la hacen perder su parte en la herencia de su esposo o si debe hacerse la consiguiente reducción, como lo preceptúa el acotado artículo setecientos cuatro del Código Civil: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas trescientas, su fecha deccisiete de agosto de mil novecientos cincuenticuatro; y reformándola: confirmaron la de Primera Instancia de fojas doscientos sesentidós, su fecha doce de enero del mismo año en cuanto declara fundada en parte la demanda de división y partición de fojas una; sin lugar la demanda sobre restitución de la suma de un millón cuatrocientos mil soles; fundada la reconvencción de fojas ocho, y en consecuencia, que corresponde a doña Emilia Gonzáles Orbegoso viuda de Barúa el cincuenta por ciento del fundo Huápalas y de sus capitales y frutos existentes al tres de setiembre de mil novecientos cuarentitrés, a título de gananciales; la revocaron en la parte que asigna a doña Elena Barúa de León, el otro cincuenta por ciento del fundo Huápalas y de sus capitales y frutos existentes al tres de setiembre de mil novecientos cuarentitrés, así como las acciones y derechos de condominio del señor Alejandro Barúa Ganoza de los inmuebles urbanos situados en esta capital, calle Barranquita,

hoy Jirón Amazonas, números treintiocho al cuarentidós antiguos, en la ciudad de Trujillo calle Bolívar número seiscientos dieciocho y en el cerro Salaverry del distrito del mismo nombre, Departamento de La Libertad, a título de herencia; reformándola en este punto: declararon que dicho cincuenta por ciento del fundo Huápalas y de sus capitales y fundos existentes al tres de setiembre de mil novecientos cuarentitrés y las acciones y derechos del señor Alejandro Barúa Ganoza sobre los inmuebles urbanos situados en esta capital, calle Barranquinta, hoy Jirón Amazonas, Nros. treintiocho al cuarentidós, antiguos, en la ciudad de Trujillo, calle Bolívar número seiscientos dieciocho y en el cerro Salaverry del distrito del mismo nombre, Departamento de La Libertad, constituyen la masa hereditaria dejada por el causante, el expresado señor Alejandro Barúa Ganoza, la que debe dividirse entre las partes en la forma que se deja indicada en la presente resolución, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo setecientos cuatro del Código Civil, atribuyendo toda la herencia a la hija ilegítima declarada heredera, en el caso de que los gananciales de la viuda doña Emilia Gonzáles Orbegoso de Barúa fuesen iguales o mayores que los dos tercios de la masa hereditaria; y haciendo la reducción correspondiente si dichos gananciales fuesen menores de la indicada cuota hereditaria de dos tercios; la confirmaron en la parte que declara que los frutos producidos por los bienes antes indicados desde la citada fecha de tres de setiembre de mil novecientos cuarentitrés hasta su partición, correspondiente a una y otra parte en la proporción y conforme a sus respectivos orígenes y cuyo monto se señalará pericialmente en su oportunidad; ordenaron que se proceda por los peritos al avaiúo de los mencionados bienes y sus frutos para el cumplimiento de esta resolución; confirmaron la sentencia apelada en lo demás que contiene; y los devolvieron.— EGUIGUREN.— GARMENDIA.— ALVA.— TELLO VELEZ.— GAZATS.— Se publicó conforme a ley.— Walter Ortiz Acha, Secretario.