

Siendo la cónyuge heredera forzosa, conforme a lo dispuesto en el Art. 760 del C. C., instituiría como usufructuaria y no como heredera, comporta una preterición, y por lo mismo el testamento es nulo en cuanto vulnera su derecho.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Petronila Guerra viuda de Hernández no satisfecha con el testamento de su marido don Tiburcio Hernández, que en boleta corre a fs. 41 y copia simple a fs. 10, reclama de él, interponiendo demanda y pidiendo su nulidad en la parte que no la declara heredera sino usufructuaria de los bienes de la testamentaria, parte de los cuales fueron adquiridos durante la sociedad legal y que los reputa como comunes, correspondiéndole, por lo tanto a ella el 50%. Su derecho de heredera forzosa, ya que dicha memoria se otorgó bajo el imperio del nuevo C. C., en 1960, no puede ser preterido. En el fondo, demuestra que no está contenta con el usufructo. Quiere que se le restablezca en sus derechos, relativos a heredera forzosa, conforme al Art. 760 del C. C. Está en razón la demandante, porque su derecho de heredera forzosa prima al de usufructuaria. Renuncia a este último para ampararse en el primero. De aquí, que el testamento en referencia adolezca de nulidad, tal como lo ha dejado establecido la sentencia de primera instancia de fs. 29, de mayo de 1961, que declara fundada la demanda, y en consecuencia la caducidad de dicho testamento; debiendo la demandante concurrir a la herencia en unión de los hijos ilegítimos del testador, Julio y Flor de María y recibir la parte proporcional que le corresponde, sin que para ello debe prevalecer el usufructo.

Opino, en consecuencia, se declare HABER NULIDAD en la recurrida de fs. 47v. revocatoria de la apelada; reformando la primera, procede confirmar la segunda.

Lima, 18 de mayo de 1962

FEBRES

RESOLUCION SUPREMA

Lima, ocho de junio de mil novecientos sesentidos.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas cuarentisiete vuelta, su fecha treinta de noviembre de mil novecientos sesentiuno, que revocando la apelada de fojas veintinueve, su fecha veinte de mayo del mismo año, declara infundada la demanda de caducidad de testamento interpuesta a fojas una por doña Petronila Guerra viuda de Hernández contra don Julio Hernández Tataje y otra; reformándola: confirmaron la de primera instancia que declara fundada dicha demanda; y en consecuencia, la caducidad del testamento otorgado por don Tiburcio Hernández en cuanto daña los derechos de su esposa doña Petronila Guerra de Hernández; con lo demás que contiene; y los devolvieron. — SAYAN ALVAREZ.— MAGUIÑA SUERO.— CEBREROS.— VALDEZ TUDELA.— GARCIA RADA.— Se publicó conforme a Ley.— Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa N° 1401/62.—Procede de Lima