Cuando el cónyuge supérstite concurre a la herencia con hermanos del causante, la porción que le corresponde es igual a la mitad de la herencia, aparte de su 50% de gananciales.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El Juzgado de Primera Instancia de la Provincia Constitucional del Callao, por sentencia de fs. 101, ha declarado fundada la demanda de fs. 3, interpuesta por don Saturnino Bejarano Mora, contra don Dámaso Luque Llerena, sobre división y partición; y, fundada, en parte, la reconvencción, sobre pago de gastos de enfermedad y de funerales. Apelada dicha sentencia, el Tribunal Superior, por la de vista de fs. 127 vta. la confirmó, en parte, en cuanto declara fundada la división y partición, y la revocó en cuanto excluye al cónyuge demandado, de la herencia causada, por doña Fausta Bejarano Mora de Luque, ordenando que debe asignársele una quinta parte de dicha herencia. Contra esta resolución, se ha interpuesto recurso de nulidad.

Aparece de lo actuado que, por recurso de fs. 3, don Saturnino Bejarano Mora, interpone demanda contra don Dámaso Luque Llerena, éste en calidad de cónyuge supérstite de su fallecida hermana, doña Fausta Bejarano Mora de Luque, y contra sus hermanos, Enrique y María Avelina Bejarano Mora, así como, contra sus sobrinos, don Samuel, don Alfredo y don Sixto Martínez Bejarano, en representación de su hermana pre-muerta, doña Leonarda Bejarano Mora, sobre división y partición de la finca ubicada en Lazareto N° 656, Callao, dejada por su nombrada hermana, doña Fausta Bejarano Mora de Luque, quien no dejó descendientes, finca que fue adquirida durante la vigencia de la sociedad conyugal de la extinta con el demandado, don Dámaso Luque Llerena, debiendo corresponderle al cónyuge demandado, sólo la mitad de dicho inmueble, por concepto de gananciales y la otra mitad, dividirla en cuatro partes iguales, para el demandante y sus nombrados hermanos y quienes representan a su hermana pre-muerta, en conformidad con lo establecido por el Art. 768 del C. C., en concordancia con el Art. 760 del acotado. Corrido traslado de la demanda, don Daniel Dámaso Luque Llerena, por su

recurso de fs. 8, contesta la demanda, negándola y contradiciéndola, en cuanto a la proporción partible que se indica en la demanda, manifestando que, le corresponde, exclusivamente el 50% del inmueble, por concepto de gananciales, y en el otro 50%, también le corresponde la mitad, por concurrir con hermanos de la causante; y reconviene, para que se le abore la suma de S/. 17,400.00, entre los herederos, por concepto de gastos de enfermedad y de funerales de la fallecida. Por recurso de fs. 10, el actor conviene, en parte, en la reconvencción, en cuanto a los gastos de enfermedad. Por auto de fs. 11, se dió por contestada la demanda, en rebeldía de los demás demandados, así como de la reconvencción. Examinando la prueba actuada y teniendo en cuenta el mérito que arrojan los autos, sobre declaración de herederos de doña Fausta Bejarano Mora de Luque, que se tienen a la vista, y de los que aparece que, el demandado, don Daniel Dámaso Luque Llerena, ha sido declarado heredero, en su calidad de cónyuge supérstite, en concurrencia con los hermanos de la referida causante, y teniendo en cuenta, además el sentido de la disposición contenida en el Art. 768 del C. C., que establece en forma clara y precisa que, cuando hay sucesión intestada, y el cónyuge sobreviviente concurre en la herencia, con hermanos o con ascendientes, su porción es igual a la mitad de la herencia, en concepto de este Ministerio, la controversia queda definida, con el claro texto de la disposición legal citada. Pues, en el caso presente, no se trata de que, el cónyuge concorra con hijos u otros descendientes de la causante, sino con hermanos; por lo que, aparte de su 50% de gananciales, tiene que asignársele también, la mitad de la herencia causada. La reconvencción sólo es fundada, en una parte. I, al ser así, el suscrito es de opinión que, se declare, **HABER NULIDAD**, en la recurrida, en cuanto revocando la apelada, asigna al cónyuge supérstite, sólo la quinta parte de la masa hereditaria, y reformándola, en esta parte, se declare que a dicho cónyuge le corresponde la mitad de la herencia dejada por doña Fausta Bejarano Mora de Luque; y, que, **NO HAY NULIDAD**, en lo demás que dicha sentencia contiene.

Lima, 7 de Octubre de 1965.

VELARDE ALVAREZ

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinte de Octubre de mil novecientos sesenticinco.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas ciento veintisiete vuelta, su fecha nueve de Agosto del presente año, que confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas ciento uno, su fecha trece de Enero del mismo año, declara fundada la demanda de división y partición interpuesta a fojas tres por don Saturnino Bejarano Mora contra don Daniel Dámaso Luque Llerena y otros y fundada en parte la reconvencción; y en consecuencia, que a don Daniel Luque Llerena le corresponde el cincuenta por ciento de los bienes por concepto de gananciales; declararon **HABER NULIDAD** en la parte que ordena que el otro cincuenta por ciento de dichos bienes, o sea la herencia de doña Fausta Bejarano Mora de Luque se divida en cinco partes iguales; reformando la recurrida y revocando la apelada en este extremo: declararon que al cónyuge supérstite don Daniel Luque Llerena le corresponde la mitad de dicha herencia, y la otra mitad a los hermanos de la causante; declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene; y los devolvieron.— **MAGUIÑA.— EGUREN BRESANI.— MEDINA PINON.— ARBULU.— ROLDAN.—** Se publicó conforme a ley.— Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa Nº 579/65.

Procede del Callao.