La disposición testamentaria del tercio libre a favor de la cónyuge, es válida no obstante existir gananciales y así se haya denominado como mejora esta disposición, por error de redacción, interpretándose rectamente la voluntad del testador.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña Adela Carmen Carcelen Boggio demanda fs. 2 para que se declare la caducidad del testamento de su padre don Víctor Isaís Carcelén La Rosa en cuanto en tal testamento, que corre a fs. 77, ha preterido a dicha actora, y también para que se declare la ineficacia de la disposición testamentaria por la cual dispone de un tercio en favor de su esposa supérstite, Micaela Ella Gayoso de Carcelen.

Está fuera de discusión lo atinente a la caducidad del testamento solicitada por la actora en cuanto a la antes referida preterición, en base al Art. 753 del C. C., pues dicha actora ha acreditado su calidad de hija ilegítima del de cujus con la partida que corre a fs. 23. La demanda es, pues, en este punto fundada.

Partiendo de esta primera consideración es del caso examinar cómo debe repartirse la herencia entre los herederos del causante, los dos hijos legítimos del testador mencionados en el testamento, Dora Carcelén de Rosell y Víctor Carcelén Gayoso, quienes tienen derecho a la herencia, junto con la hija ilegítima antes mencionada, la demandante en este juicio, en su calidad de heredera necesaria y a mérito de la caducidad del testamento al que antes se ha hecho referencia; debiendo concurrir esos tres herederos en la proporción que establece el Art. 762 del C. C.

Pero también el testador ha reconocido en su testamento la calidad de heredero a su esposa sobreviviente. Al respecto se ha planteado si puede o no estimarse como operante tal derecho hereditario, en base a lo dispuesto en el Art. 704, del C. C., pues todos los bienes son gananciales siendo por eso de aplicación dicho precepto legal. De este modo, la mitad de los bienes dejados al disolverse el matrimonio de don Víctor Carcelén y su esposa Micaela Gayoso de Carcelén, por la muerte del primero, debe corresponder a la esposa supérstite, y la otra mitad

debe ser repartida entre los dos hijos legítimos y el hijo ilegítimo del causante en la proporción del art. 762 del C. C. antes citado. No teniendo derecho en esta segunda mitad la viuda en mérito a lo dispuesto en el Art. 704 del C. C.

Otro punto que es materia del debate judicial, es el concerniente a la cláusula quinta del testamento de don Víctor Carcelén en cuanto "dispone del tercio de libre disposición de sus bienes, para adjudicarlo como mejora a su citada esposa." Se ha alegado que esta cláusula es nula, porque las mejoras sólo operan en relación a hijos y descendientes, según los Arts. 707 y s. del C. C.

La citada cláusula es un poco confusa al hablar al mismo tiempo de dos situaciones jurídicas distintas: la libre disposición del tercio (Art. 700) y las mejoras (Art. 707). Si se considera que la disposición contenida en la cláusula quinta citada importa la institución de las mejoras, ésta sería nula, porque la mejora sólo puede establecerse en favor de hijo o descendiente, según disposición imperativa del Art. 707 del C. C. Pero si se considera que la cláusula importa la institución de la disposición del tercio de que puede hacer uso el testador, tal cláusula es válida. La interpretación debe inclinarse en este segundo sentido, porque primeramente se habla en la respectiva disposición testamentaria, del tercio de libre disposición, agregándose simplemente en forma complementaria la mención acerca de la mejora.

No cabría que pueda corresponder a la esposa de don Víctor Carcelén, además del tercio de libre disposición, mejora alguna, pues la vocación hereditaria emergente o que puede decaer por aplicación del Art. 704 del C. C., del cónyuge sobreviviente, no le atribuye la calidad que conforme al Art. 707 es necesaria para poder ser beneficiaria de la mejora.

Por las razones expuestas, que coinciden con el criterio que ha inspirado a las resoluciones contestes de fs. 89 y fs. 192, soy de parecer que la Sala se digne declarar NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida.

Lima, 23 de setiembre de 1966.

LEON BARANDIARAN

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diez de octubre de mil novecientos sesentiséis.

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Públi-

co: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas ciento doce, su fecha diecinueve de abril del presente año que, confirmando la apelada de fojas ochentiocho, su fecha tres de noviembre de mil novecientos sesenticinco, declara fundada en parte la demanda de caducidad de testamento interpuesta a fojas dos por doña Adela Carcelén Boggio contra don Víctor Carcelén Gayoso y otros; y en consecuencia, caduco el testamento de don Víctor Carcelén La Rosa en cuanto es preterida la demandante; y que la herencia del referido causante corresponde a sus hijos legítimos doña Dora Carcelén Gayoso de Rosell y don Víctor Carcelén Gayoso y a su hija ilegítima doña Adela Carcelén Boggio, en la proporción que se indica; e infundada dicha demanda en el extremo referente a la cláusula quinta del mencionado testamento; con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a las partes que lo interpusieron; y los devolvieron.— GARCIA RADA.— VIVANCO MUJICA.— ALARCON.— PERAL.— PALACIOS.— Se publicó conforme a ley.— Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa 250/66.— Procede de Lima.