

Para la calificación de los bienes de la sociedad legal, es insuficiente la declaración que uno de los cónyuges haga en su testamento.

Recurso de nulidad interpuesto por doña Teresa Porth viuda de Hammerschmidt y otros en la causa que siguen con don Juan Fiege y otro sobre división y partición. — Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. señor :

Los hijos y herederos de don Christian Fiege ocurrieron a uno de los juzgados de primera instancia de esta capital, solicitando por su escrito de fojas 11 la división de la finca que ha dejado su señor padre, con sujeción a las disposiciones que contiene su testamento.

Aparece de éste que el testador fué casado dos veces, que sólo tuvo hijos del primer matrimonio; que su primera esposa doña Ana María Halsbaud le dió setecientos pesos aumentados por él hasta dos mil soles, con los que compró y edificó durante sus segundas nupcias con doña Isabel Rempfer, a su vez viuda de Hammerschmidt, la finca materia de la partición único bien testamentario; que sus dos hijos varones Juan y Manuel Antonio, como carpinteros, y él, como albañil de profesión, levantaron el edificio sin más ayuda que la de dos peones de ínfima clase, valorizando en mil soles el trabajo de sus dos referidos hijos, cuyo importe no había satisfecho ni en todo ni en parte; y finalmente que dispuso

se dedujeran del valor del mencionado fundo las antedichas cantidades, y del resto se dividieran sus herederos los hermanos Fiege por igual con los de su segunda consorte los hermanos Hammerschmidt.

Notificados éstos, se conformaron con la demanda de partición, fojas 21 y 39, pero alegando por el otrosí del primero de sus escritos, que las deducciones a que se refiere el testador no deben afectar la parte de gananciales que a ellos les corresponde, porque tales deducciones son verdaderos legados que no pueden salir sino de la parte de gananciales propia del instituyente o sea de la mitad que le pertenecía en la finca, cuyos productos son, además, divisibles durante la indivisión de la misma finca.

Cumplidos todos los trámites del juicio, se falló a fojas 41 declarando fundada la demanda y sin lugar las excepciones propuestas, debiendo sacarse el fundo a remate previo avalúo, para con su precio hacer la distribución conveniente en el orden designado por el testador.

La ampliación que se pidió a fojas 44 en cuanto a los frutos que deben percibir todos los interesados, fué declarada sin lugar a fojas 48; y el Tribunal Superior ha confirmado ambas resoluciones.

Para juzgar de los derechos controvertidos en la causa, no hay otro punto de partida que el testamento público del finado Fiege corriente de fojas 1 a fojas 3, desde que ninguna de las partes ha producido prueba alguna distinta o contraria al mérito de este documento.

No es cierto, desde luego, como lo asegura el fallo, que el testador hubiera hecho la división que precisamente persiguen llevar a cabo los herederos, sino que ha

prefijado en favor de determinadas personas, obligaciones que es necesario saber si son o no aceptables con arreglo a la ley. Y aunque tal división hubiese quedado practicada, no tendría valor alguno en los excesos o demasías que contenga, según lo establece la misma disposición en que se apoya la sentencia.

Es un hecho consignado en el testamento, en el que convienen todos los interesados y que ninguno de ellos ha contradicho en sus alegaciones, que la compra del terreno sobre el que se construyó el edificio y la fabricación de éste, tuvieron lugar durante el segundo matrimonio. Como tal adquisición se hizo a título oneroso y la finca se levantó en virtud del trabajo del testador, hubo de entrar necesariamente a formar parte de los bienes comunes a la sociedad legal entre los consortes, inciso tercero del artículo novecientos sesenta y cuatro del Código Civil, y como no consta que antes de contraer el matrimonio hubiera el marido aportado ninguna clase de bienes, es ganancial todo lo que tuvo al fenecer la sociedad, según lo dispuesto en el artículo mil cuarenta y siete del propio Código.

No hay, pues, pendiente ninguna deducción legal; y si en el testamento se confiesa deber diversas cantidades a la primera mujer y a los hijos sobre la incierta base de cálculos, más o menos aventurados y sin comprobación de ningún género, tal confesión no puede surtir efecto sino en cuanto se refiere a la parte propia del testador, puesto que ella no prueba sino contra el que la hace, pero no contra un tercero. Artículo seiscientos noventa del Código de Enjuiciamientos Civil.

Además, si se considera la declaración de los setecientos pesos que se dice recibidos de la primera mujer,

no como el reconocimiento de un crédito, sino como la dote de aquella, es innegable que tendría que pagarse a tenor de las reglas sobre legados, conforme a lo prevenido en la última parte del artículo mil veinte y cuatro del Código Civil; y que no afectaría por consiguiente sino a los gananciales del marido.

El punto relativo a los frutos durante el tiempo en que permanezca indiviso el bien ganancial está claramente definido en el artículo mil cincuenta y cinco del mismo Código Civil, que da derecho en lo que producen los bienes comunes tanto al marido o sus herederos, como a la mujer y los suyos.

Habiéndose contravenido, pues, a las disposiciones puntualizadas, el Fiscal es de dictamen que se sirva V.E. declarar que hay nulidad en la resolución de vista de fejas 68, y reformándola revocar las apeladas de primera instancia, y mandar que la división demandada de la finca que ha dejado don Christian Fiege y sus productos, se haga por iguales partes entre los herederos del recordado Fiege y los de su segunda mujer doña Isabel Remper; salvo mejor acuerdo.

Lima, setiembre 11 de 1897.

Arbaiza.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, a 17 de noviembre de 1897.

Vistos: de conformidad en parte con lo expuesto por el señor Fiscal, y considerando que no están probados los asertos que don Christian Fiege consigna en su testamento de fojas una, en las cláusulas quinta y décima, respecto a que recibió de su primera esposa, doña Ana María Halsbaud, setecientos pesos; y que dicha suma la aumentó con su trabajo a dos mil soles, con los que, y con otras ganancias compró el terreno e hizo la fábrica de su casa habitación durante su segundo matrimonio con doña Isabel Remper, que era viuda y madre de varios hijos: que por lo tanto dicha casa debe reputarse como bien común de la sociedad conyugal, con la segunda esposa, partible entre los herederos legales del marido y los de la mujer, a título de gananciales: que en cuanto a los frutos del bien común, corresponden igualmente a los herederos del marido, y a los herederos de la mujer, conforme al artículo mil quinientos cincuenta y cinco del Código Civil: que respecto a la deuda de mil soles de plata a favor de don Juan y don Antonio Fiege, es aceptable la confesión del testador, hecha en las cláusulas octava y décima y debe abonarse dicha suma: por estas consideraciones, declararon *haber nulidad* en la sentencia de vista de fojas sesenta y ocho, su fecha veintisiete de julio, del presente año, en la parte que confirmando la apelada de fojas cuarenta y una, su fecha, once de diciembre de mil ochocientos noventa y seis y el auto ampliatorio de fojas cuarenta y ocho, ordena que

la distribución del precio, una vez rematada la finca, se haga en la forma establecida por el testador, sin tomar en consideración lo alegado respecto a gananciales; y reformando aquella y revocando la sentencia y auto apelado en dichos puntos: mandaron que la distribución de la herencia se haga entre todos los herederos, como bienes gananciales, sin otra deducción que los mil soles y sus intereses legales, desde la demanda, a favor de don Juan y don Antonio Fiege; y que de la misma manera se dividan entre los herederos de ambos cónyuges, los frutos del bien común; declararon no haber nulidad en la citada sentencia de vista, que confirma la apelada, en lo demás que contiene; y los devolvieron.

Loaysa. — Corso. — Jiménez. — Solar. — Figueroa.

Se publicó conforme a ley.

Luis Delucchi.

Causa N° 375. — Año 1897.
