

**Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República**

**SENTENCIA
CASACION N° 1680 – 2009
TUMBES**

Lima, uno de Diciembre
del dos mil nueve.-

**LA SALA DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:-----**

VISTA; Con el acompañado; la causa número mil seiscientos ochenta – dos mil nueve; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; luego de verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia.

RECURSO DE CASACION:

Se trata del recurso de casación interpuesto mediante escrito de fojas cuatrocientos veintidós por Segundo Quirino Aguayo Cruz, contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos doce, su fecha treinta y uno de diciembre del dos mil ocho, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, que desaprueba la sentencia consultada en el extremo que asigna las cuotas a favor de cada uno de los herederos del causante en el 11.11%; con lo demás que contiene; en los seguidos por Laura Altagracia Aguayo Cruz Viuda de Herrera y otros contra Catalina Cruz Viuda de Aguayo otros sobre División y Partición de Bienes.

**FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE
EL RECURSO:**

Que, mediante resolución obrante a fojas treinta y dos del cuadernillo formado en esta Suprema Sala, de fecha veinticuatro de agosto de dos mil nueve, el recurso de casación ha sido declarado procedente por las causales previstas en los incisos 2 y 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual el recurrente invoca: **a)** contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, pues el Juez del Segundo Juzgado Civil de Tumbes ha emitido las resoluciones números uno y dos mediante las cuales ha

**Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República**

**SENTENCIA
CASACION N° 1680 – 2009
TUMBES**

calificado la demanda, pues ha emitido el auto admisorio, por lo que ha conocido toda la etapa postulatoria del proceso, por lo que al ser promovido al cargo de Juez Superior Provisional se encontraba impedido de conocer el presente proceso según el artículo 305 numeral 5) del Código Procesal Civil quien incluso ha sido el Vocal Ponente en el mismo; **b)** la inaplicación del artículo 829 del Código Civil refiriendo que la Sala ha debido de aplicar el artículo 829 del Código Civil que señala que “en los casos de concurrencia de hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos recibirán doble porción que éstos”. Pues entre los herederos legalmente instituidos figura su hermana Gloria Aguayo Espinoza a quien solamente le correspondía una porción simple de acuerdo con el dispositivo señalado.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, en el caso de autos, al denunciarse vicios procesales y sustantivos, es preciso iniciar por el análisis de los vicios in procedendo debido a que si uno de estos se ampara, generaría la renovación del acto procesal, careciendo de objeto emitir pronunciamiento sobre el vicio de fondo.

SEGUNDO: Que, examinando el agravio sobre el error por vicios in procedendo establecido en el punto a), es menester precisar conforme fluye de lo actuado que si bien el Magistrado Pablo Diaz Piscoya aparece suscribiendo el auto admisorio de demanda sobre división y partición, no obstante, al ser promovido como Vocal Superior Provisional de la Sala Especializada en lo Civil de Tumbes y antes de la expedición de la sentencia de vista, el recurrente tomo conocimiento vía notificación de las resoluciones que decretaban la vista de la causa, la que ordenaba la conformación de la sala por nuevo magistrado y la que declaraba improcedente el pedido del uso de la palabra por parte del recurrente, entre otros, todas ellas suscritas por el referido Magistrado, sin que el recurrente cuestionara en dichas oportunidades dicha situación; de lo que se desprende que no es posible hacer valer en sede casatoria una supuesta afectación cuando no lo hizo en su oportunidad; tanto mas, cuando el

**Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República**

**SENTENCIA
CASACION N° 1680 – 2009
TUMBES**

recurrente no acredita el perjuicio con el acto procesal supuestamente viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado.

TERCERO: Que, el artículo 829 del Código Civil establece que en los casos de concurrencia de hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos recibirán doble porción que éstos.

CUARTO: Que, en el caso de autos, si bien mediante resolución de vista de fecha treinta y uno de diciembre del dos mil ocho, la Sala de mérito ha resuelto desaprobar la sentencia subida en consulta en el extremo que asigna las cuotas a favor de cada uno de los herederos del causante en un porcentaje del 11.11%, disponiendo que la división del predio sub litis sea 50% a título de gananciales a favor de la sucesión de doña Catalina Vda. de Aguayo, y el restante 50% dividido proporcionalmente a 1/9 para cada uno de los herederos legales del causante Quirino Aguayo Cisneros, no obstante, la sala incurre en error al incluir en este último porcentaje proporcional a doña Gloria Merci Aguayo Espinoza quien al tener la condición de media hermana de los hijos habidos entre el de cujus y doña Catalina Cruz Vda. de Aguayo, solo concurriría a la masa hereditaria del causante en una proporción equivalente a la mitad de la porción que le corresponde a los hermanos de padre y madre conforme lo establece en el artículo 829 del Código Civil.

QUINTO: Que, en efecto, en los casos de concurrencia de hermanos de padre y madre con medios hermanos, la norma sustantiva resulta clara cuando dispone que aquellos recibirán doble porción que estos. En el caso de autos, habiéndose verificado que doña Gloria Mercy Aguayo Espinoza es hermana, solamente por parte de padre, le corresponde una porción equivalente a 1/16.

RESOLUCION:

Por estas consideraciones, configurándose la causal prevista en el inciso 2 del artículo 386 del Código Procesal Civil, y estando a lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 396 de ese mismo Código: declararon **FUNDADO** el recurso de

**Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República**

**SENTENCIA
CASACION N° 1680 – 2009
TUMBES**

casación interpuesto a fojas cuatrocientos veintidós, en consecuencia **NULA** la resolución de vista de fojas cuatrocientos doce, su fecha treinta y uno de diciembre de dos mil ocho; y actuando en Sede de Instancia: **DESAPROBARON** la sentencia elevada en consulta en el extremo que asigna las cuotas a favor de cada una de los herederos del causante Quirino Aguayo Cisneros en el 11.11%; en consecuencia; **Dispusieron** que se proceda a la división del predio en la forma siguiente: el 50% a título de gananciales para los Sucesores de doña Catalina Cruz Viuda de Aguayo, y el restante 50% deberán dividirse proporcionalmente (1/8) para cada uno de los herederos legales del causante Quirino Aguayo Cisneros, con excepción de Gloria Mercy Aguayo Espinoza a quien le corresponderá 1/16; en los seguidos por Laura Altagracia Aguayo Cruz Viuda de Herrera y otros contra Catalina Cruz Vda de Aguayo y otros sobre División y Partición de Bienes; **ORDENARON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a ley; y los devolvieron.- Interviniendo como Juez Supremo Ponente el señor **SALAS VILLALOBOS.-**

S.S.

MENDOZA RAMIREZ

RODRIGUEZ MENDOZA

ACEVEDO MENA

VINATEA MEDINA

SALAS VILLALOBOS

Erh/Ucc.