

ron infundada la contradicción al deslinde deducida por el apoderado de la testamentaria de D. Augusto Dreyffus á fojas 123, y que el terreno en cuestión, es de la propiedad de doña Zoila Ramos de Luna y Peralta; y los devolvieron.

Guzmán.—Castellanos.—Ribeyro. —Figueroa.—Villanueva.

Se publicó conforme á ley.

Luis Delucchi.

Cuaderno N.º 678.—Año 1904.

Caducidad de la institución de heredero por muerte de éste antes de su instituyente: situación del legatario ante el heredero legal.

Recurso de nulidad interpuesto por doña Beatriz Cuadra de Harvey en el juicio que sigue con D. Fernando Melly, sobre nulidad de cláusulas testamentarias.—De Trujillo.

TESTAMENTO DE DOÑA ADELA MELLY VIUDA DE OLIVOS OTORGADO EN TRUJILLO EL 10 DE NOVIEMBRE DE 1899 ANTE EL NOTARIO DON HIGINIO GUTIERREZ.

.....

Cláusula 6.ª---Item declaro, que instituyo por mi heredero universal á mi hijo natural llamado Antonio Zavala, para que en caso de que yo fallezca goce y disfrute de los bienes que me corresponden en las herencias que dejo indicadas; y como según la ley puedo disponer libremente del 5.º de dichas herencias, dispongo y es mi voluntad que si mi indicado hijo Anto-

nio Zavala falleciese después de mi muerte, ese 5.º pase al poder de mi sobrino Carlos Aurelio Melly menor de edad actualmente, hijo natural de mi hermano D. Fernando Melly, de modo que, los que fuesen herederos de mi citado hijo podrán disponer por su herencia únicamente de las cuatro quintas partes; pero, recomiendo y encargo á mi dicho hijo, que si llegase á su mayor edad y muriese en uso de sus derechos, sin dejar herederos forzosos, instituya por su heredero á mi referido sobrino Carlos Aurelio.

.....

Cláusula 9.ª---En este estado la testadora hizo presente, que no sabe si su hijo Antonio Zavala vive, por cuanto no se halla en su poder ni en esta Ciudad, y es su voluntad de que si hubiese muerto, ó muriese antes que la testadora, sea heredero universal de ella su indicado sobrino Carlos Aurelio Melly, de que también doy fé, debiendo quedar siempre de guardador y albacea D. Mariano Quezada, como lo dejo expuesto.

.....

Testigos.---Eduardo Cedron, J. Barnuevo y Francisco Gavirondo.

Excmo Señor:

Doña Adela Melly, en su testamento de fojas 33, nombró, por la cláusula 6.ª, heredero á su menor hijo natural D. Antonio Zavala y dispuso, que el 5.º, de libre disposición, se diese á su sobrino D. Carlos Aurelio Melly y agregó que si su hijo moría antes de llegar á su mayor edad, nombraba por heredero universal al referido su sobrino Carlos Aurelio.

Habiendo fallecido el menor Antonio Zavala antes

que su madre, reclamó la herencia doña Mercedes Arbaiza como ascendiente legítima de doña Adela; alegando que por el fallecimiento del hijo natural instituido heredero, caducaba el testamento en esa parte y pasaba la herencia á la heredera forzosa, que no podía ser olvidada ni pospuesta al heredero voluntario Carlos Aurelio Melly.

Comprobado el derecho de doña Mercedes Arbaiza, era élla la heredera legítima y forzosa, y en su defecto sus legítimos representantes; no quedando en pié, del testamento de doña Adela, sino el legado hecho á su sobrino Carlos Aurelio, de la 5.^a parte, que estaba dentro de los límites de la libre disposición, cualquiera que fuera la condición del heredero en sus relaciones de parentezco con la expresada testadora.

El Juez ha declarado, por la resolución de fojas 93, que ha caducado la cláusula 6.^a del testamento de Doña Adela en lo relativo á la institución de heredero; que la abuela de la testadora, doña Mercedes Arbaiza, es la heredera y en su defecto sus legítimos representantes, y ha dejado á salvo los derechos de don Carlos Aurelio para que los haga valer como viese conveniente. El Superior, por la resolución de fojas 111, ha confirmado el auto apelado: 1.^o en cuanto declara la caducidad de la cláusula 6.^a del testamento de doña Adela Melly; 2.^o en cuanto declara que la heredera legal, es doña Mercedes Arbaiza Vda. de Olivos y por fallecimiento de ésta se ministre la posesión de los bienes á sus legítimos herederos; y lo ha revocado en lo demás, declarando respecto de la cláusula 9.^a del precitado testamento, que el menor Carlos Aurelio Melly tiene derecho á la 3.^a parte de la herencia en cuestión, dejando á salvo los derechos de don Fernando Melly, respecto de los bienes, por otras causas que no sean las de la herencia.

En concepto del Fiscal, está arreglada á la ley la resolución de vista, en cuanto declara la caducidad de la cláusula 6.^a del testamento respecto á la institución del heredero Antonio Zavala; porque habiendo fallecido éste antes que su madre, no podía heredarla; y está igualmente arreglada á la ley, la declaración, de que la heredera legal y forzosa de doña Adela, es su abuela doña Mercedes Arbaiza y á falta de ésta los que la representan; por que los abuelos son herederos forzosos de sus nietos cuando no hay descendientes más próximos con derecho de heredar, según el artículo 612 del Código Civil. Pero nó está arreglado á la ley el expresado auto de vista, en la parte en que declara que el menor don Carlos Aurelio Melly tiene derecho á la 3.^a parte de la herencia, conforme á la cláusula 9.^a del testamento; porque la testadora doña Adela no concedió al expresado menor Carlos Aurelio, sino la 5.^a parte de la herencia; y como lo que textualmente ordena la testadora, es lo que debe hacerse, no hay porque alterar esa cláusula, convirtiendo en 3.^a parte lo que expresamente estaba limitado á la 5.^a

Cierto es que cuando el testador tiene por herederos forzosos á los ascendientes puede disponer hasta de la 3.^a parte de sus bienes en favor de otras personas ú objetos; pero de esta posibilidad, no se deduce que se haya de dar esa 3.^a parte á un legatario ó heredero voluntario á quien precisamente se le ha señalado la 5.^a

Si la testadora hubiera dicho, sin precisar la porción, que la que dejaba á don Carlos Aurelio era la que le estaba permitida disponer libremente, entonces habría sido enestionable si era la 5.^a ó 3.^a la que correspondía al legatario, por haber variado la calidad del heredero; pero como la testadora determinó la porción del legado, es evidente que el menor don Carlos Aurelio solo tiene derecho á la 5.^a parte de la herencia.

En conclusión: en mérito de lo expuesto, es de sentir el Fiscal, que declare V. E. no haber nulidad en la resolución de vista, en lo relativo á la caducidad de la cláusula 6.^a del testamento de doña Adela Melly y al reconocimiento de doña Mercedes Arbaiza como heredera legal, y por fallecimiento de ésta á sus representantes; y que *hay nulidad* en cuanto declara que conforme á la cláusula 9.^a del citado testamento corresponde á don Carlos Aurelio la 3.^a parte de la herencia y reformándola, declarar que á dicho Carlos Aurelio solo le corresponde la 5.^a parte de la expresada herencia conforme á lo dispuesto en la cláusula 9.^a del, tantas veces, citado testamento, salvo mejor acuerdo.

Lima, 25 de Abril de 1905.

GÁLVEZ.

Lima, mayo 2 de 1905.

Vistos: de conformidad con el dictámen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen: declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 111, su fecha 12 de octubre último, en la parte que es materia del recurso, reformándola en éste punto y revocando en el mismo la de primera Instancia de fojas 93 vuelta, su fecha junio 10 del mismo año, declararon que la parte que corresponde al menor Carlos Aurelio Melly, según el testamento que en copia corre á fojas 33 es el 5.º de la herencia dejada por doña Adela Melly Vda. de Olivos; y los devolvieron.

Guzmán —Castellanos —Ribeyro—León —Figueroa.

Se publicó conforme á ley.

Luis Delucchi.