

No hay derecho de acrecencia entre legatarios a quienes el testador no llama clara y expresamente.

Recurso de nulidad interpuesto por don Manuel Capurro y otros, en la causa que siguen con don Fernando Jiménez, sobre declaración de un derecho. —Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

El señor Lázaro Debernardi, en las cláusulas 4a. y 5a., de su testamento que corre a fs. 1, dejó un legado para seis sobrinas, hijas de su hermano don Luis Debernardi. El legado consiste en la renta que durante 15 años, deberán percibir las legatarias, bajo determinadas condiciones, de la finca situada en la calle Santa Catalina No. 618, usufructo que se convierte en propiedad después de 15 años. Para el caso del fallecimiento de alguna de las legatarias dispuso el testador: "Si alguna o algunas de ellas falleciera, corresponden a los hijos de cada una de las fallecidas la parte que les corresponde. Así mismo, si alguna o algunas fallecieran durante el usufructo, pasarán sus derechos a sus hijos y si no los hubiere acrecerá su parte las de las otras hermanas".

De las seis legatarias falleció, antes que el testador, doña Lucila Debernardi de Jiménez, dejando un hijo menor Fernando Jiménez y Debernardi; y fallecieron después del testador otras dos, doña Susana y

doña Isabel. Don Fernando Jiménez, padre del menor ya mencionado, siguió un juicio ordinario para el cobro de la parte correspondiente del usufructo, habiéndose pronunciado sentencia desfavorable en 1.ª Instancia, que fué revocada, reconociéndose su derecho por las Cortes Superior y Suprema, en las resoluciones de fs. 71 y fs. 74, del cuaderno acompañado.

Don Fernando Jiménez ha iniciado un nuevo juicio para que se le entregue la proporción que pueda corresponder a su menor hijo en virtud de la acrecencia adquirida por los fallecimientos de doña Susana y de doña Isabel, que no dejaron descendencia. El fallo de 1.ª Instancia ha desestimado la demanda, considerando que el testador había establecido la acrecencia solo en favor de su sobrina y nó del hijo de una sobrina fallecida antes de abrirse la sucesión. El fallo ha sido revocado por Tribunal Superior.

Reconocida por el Tribunal Supremo en el juicio anterior, que a pesar de haber fallecido antes que el testador doña Lucila Debernardi, no se extinguieron sus derechos, sino que pasaron a su hijo, no hay razón alguna para establecer reglas diferentes con relación a las acrecencias. La letra y el espíritu del testamento, indican claramente que el testador no quiso hacer diferencias entre sus sobrinas y los hijos que debían representarlas, después de su fallecimiento. Sólo en el caso de falta de hijos de alguna de las legatarias, sus derechos debían pasar a las otras; y ejecutoriado como está que el hijo de doña Lucila, representa a su madre, a pesar de haber muerto ésta, antes que el testador, éste hijo tiene, sin limitación alguna, los dere-

chos de todos los legatarios, inclusive el de las acrecencias.

El Fiscal Suplente opina, que NO HAY NULIDAD, salvo mejor parecer.

Lima, julio 10 de 1936.

La Jara y Ureta.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, octubre 7 de 1936.

Vistos; con lo expuesto por el Ministerio Fiscal; y considerando: que la ejecutoria Suprema de 27 de setiembre de 1930, corriente a fs. 74 de los agregados, resolvió que el hijo menor de la legataria doña Lucila Debernardi de Jiménez, tenía derecho al usufructo con que don Lázaro Debernardi favoreció a la madre, no obstante haber muerto ésta antes que el testador: que la actual controversia tiene por objeto averiguar y decidir si el mismo menor tiene derecho a la acrecencia de su legado, a consecuencia del fallecimiento de las legatarias Susana e Isabel Debernardi, ocurrido, el de la primera, el 25 de junio de 1922, y el de la segunda, el 21 de octubre de 1925: que conforme al art. 797 del C. C. no hay derecho de acrecencia entre los legatarios, si el testador no lo establece clara y expresamente: que en el testamento de fs. 1 agració el

mencionado don Lázaro Debernardi a sus seis sobrinas allí nombradas, con un legado de usufructo de la finca de la calle de Santa Catalina de esta ciudad, por el término de 15 años, contados desde la muerte del testador, acaecida el 23 de agosto de 1920, a cuya expiración, o sea el 23 de agosto de 1935, se convertirían las usufructuarias en propietarias de la finca, por partes iguales; y a este respecto dispuso que si alguna o algunas de sus sobrinas falleciese, correspondería a los hijos de las fallecidas la parte que debía corresponderles, o sea la propiedad de esta parte: que agregó asimismo que si el fallecimiento ocurriese durante el usufructo, pasarían también sus derechos a sus hijos, y si no los tuvieren, acrecerá su parte a la de sus otras hermanas: que esta es la única previsión establecida respecto al derecho de acrecer, y ella favorece, expresa y solamente, a las hermanas colegatarias sobrevivientes de la fallecida, no a los hijos de estas hermanas o de las premuertas, y por consiguiente, queda excluido de este beneficio el menor hijo de doña Lucila, en cuyo nombre se ha interpuesto la demanda. Por estas razones: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 169, su fecha 1° de abril último; y reformándola, confirmaron la de primera instancia de fs. 121, su fecha 28 de mayo del año próximo pasado, que declara infundada la demanda de fs. 28 y su ampliación de fs. 66 interpuesta por don Fernando Jiménez en representación de su menor hijo Fernando Jiménez Debernardi; entendiéndose sin costas y los devolvieron.

Barreto. — Campos. — Zavala Loaiza. — Cárdenas.

Mi voto es por la NO NULIDAD de la sentencia de vista, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal y por los fundamentos en que se apoya.

Quiroga.

Se publicó conforme a ley.

M. Arnillas O. de V., Secretario.

No. 234.—Año 1936.
