

Cuando no hay heredero instituído y se distribuye en legados todos los bienes, los legatarios responden á prorrata por la obra pía que el testador funda sin señalar bienes para su ejecución,

Recurso de nulidad interpuesto por doña María Rosa Aparicio de Vera Tudela y doña Celina Aparicio en el juicio con don Valentín Aparicio, sobre cantidad de sules. De Lima.

Excmo. Señor:

En la cláusula séptima del testamento cuyo testimonio corre á fojas 7, doña Agueda Aparicio viuda de Concha ordenó que se fabricara con el producto de las fincas de su testamentaría, unos departamentos y una pequeña capilla en el callejón que dejó para los pobres.

Doña María Rosa Aparicio de Tudela y doña Celina Aparicio y Olivares, que son quienes traen al conocimiento de VE. esta causa, fueron favorecidas en ese testamento, en calidad de legatarias, con la casa en Lima y los ranchos en Chorrillos que especifica la cláusula quinta.

Es pues obvio que con los productos de dichos inmuebles y los de las demás legatarias, como lo declaró VE. en la resolución, cuya copia corre á fojas 14, debe efectuarse la fábrica hasta completar el importe del presupuesto de fojas 12, que ha exhibido el albacea mandatario y es moderado á pesar de la oposición de fojas 19.

Bajo ese punto de vista y por no haberse probado que existan fondos de la testamentaría

en poder del dicho albacea, presbítero don Valentín Aparicio, está conforme á derecho la sentencia que así lo ordena.

Pero al contestar la demanda, doña Celina Aparicio á fojas 22 formula mutua reconvencción pidiendo cuenta especial del producto de sus bienes, por cuanto en la cláusula novena la testadora, dispuso que administrara los que le había señalado, el mismo albacea y la atendiera hasta que cumpliera los 21 años.

El presbítero Aparicio alega á fojas 31 vuelta, que no atendió á la nombrada doña Celina "por haberla recogido su madre."

Esa respuesta comprueba que administró ese legado, y por lo tanto que debe rendir cuenta hasta el día en que doña Celina tomó posesión según lo dispone el artículo 1048 del Código de Enjuiciamientos Civil.

Es esencial la mútua reconvencción porque el saldo que á favor de esa legataria resultare debe tomarse en cuenta para la parte proporcional que le corresponde en el pago de la construcción.

En cuanto desestima la reconvencción á pesar de hallarse acreditada la administración por el testamento y la respuesta del albacea la sentencia es pues infractoria del citado artículo 1048. Eso mismo manifiesta que no hubo la malicia necesaria según ley para la condena de costas.

A mérito de tales consideraciones, el Fiscal cree que no hay nulidad en la confirmatoria en cuanto declara que los legatarios deben entregar al albacea los productos de las fincas legadas, hasta completar la cuantía del presupuesto ascendente á 250 libras y que hay nulidad en la parte que desecha la mútua reconvencción y ordena el pago de costas, por lo que puede V.E. dignarse reformarla y revocando el fallo de pri-

mera instancia en la dicha parte, mandar que el presbítero Aparicio rinda cuenta á doña Celina Aparicio hasta el día en que ésta tomó posesión de su legado y declarar sin lugar la ampliación á costas.

Lima, 12 de octubre de 1908.

SEOANE.

Lima, 27 de octubre de 1908.

Vistos: de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal; y atendiendo á que doña Agueda Aparicio viuda de Concha dispuso en la cláusula sétima de su testamento, cuyo testimonio obra á fojas 7, que las construcciones de que allí habla debían hacerse con el producto de las fincas, expresión genérica que debe entenderse que comprende á todos los inmuebles que constituían su sucesión, enumerados en ese instrumento y dejados como legados á los demandados; á que tal fué la inteligencia dada á la citada cláusula en la ejecutoria suprema que corre en copia á fojas 14, por la que se mandó dar posesión á doña María Rosa Aparicio de Tudela, de las casas que le fueron legadas, con la calidad de estar obligada á la suma que le respecte por las deudas y construcciones á que se refiere el testamento, quedando afectos los bienes dejados al cumplimiento de esa obligación; á que pesando ésta sobre todos los legatarios, y no habiéndose establecido por la testadora la proporción en que aquellos deben contribuir á su cumplimiento, es de justicia que se fije con relación al valor de los indicados bienes, hasta com-

pletar el importe total de las obras avaluadas en 250 libras peruanas, según resulta del presupuesto corriente á fojas 12; á que don Valentín Aparicio fué encargado por la señora viuda de Concha, como se vé en la cláusula novena del testamento, de la administración de las fincas legadas á doña Celina Aparicio, durante la menor edad de ésta, y por lo tanto está obligada, con sujeción á lo preceptuado en el artículo 1,043 del Código de Enjuiciamientos Civil, á rendirle las cuentas que reclama por vía de reconvenición, en su escrito de fojas 22; á que en tanto que esas cuentas no se rindan y depuren no puede fijarse el saldo acreedor ó deudor de doña Celina, y en consecuencia, la suma con que don Valentín Aparicio puede exigirle que contribuya á las obras de que se trata. Por estas razones: declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 116, de 4 de setiembre último, en cuanto declara fundada la demanda de don Valentín Aparicio contra los legatarios de doña Agueda Aparicio viuda de Concha, y que éstos legatarios deben entregar al albacea la cantidad de 250 libras peruanas: entendiéndose que la responsabilidad de cada uno de ellos deberá determinarse con arreglo á lo establecido en el tercer considerando de esta resolución, haciéndose por peritos el avalúo de las fincas y el correspondiente prorratio; declararon haber nulidad en lo demás que la sentencia de vista contiene, reformándola en esta parte, y revocando la de primera instancia de fojas 87 su fecha 13 de enero del presente año, declararon fundada la reconvenición entablada por doña Celina Aparicio, y mandaron que, previa la rendición de las cuentas pedidas al demandante se aplique el saldo que pudiera resultar contra éste á cubrir en

todo ó en parte la responsabilidad de esa legataria derivada de la cláusula sétima del testamento de su instituyente; y los devolvieron.

Elmore. — Ribeyro. — Villarán. — Eguiguren. — Villanueva.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.

Cuaderno No. 560.- Año 1908.

El término probatorio concedido en segunda instancia puede prorrogarse.

Recurso de nulidad interpuesto por don José Domingo Velásquez en la causa que sigue con el doctor Carlos Baldomero Prado sobre cantidad de soles. — De Arequipa.

Excmo. Señor:

Al expresar agravios dedujo el demandado en el otro sí del escrito de fojas 95, excepciones no propuestas en primera instancia. Sobre ellas se ha recibido la causa á prueba, en el auto superior de fojas 110 vuelta, por el termino de ocho días, perentorios con todos cargos; auto cuya declaratoria y modificación, pedidas en cuanto á la calidad de improrrogable que reviste dicho término, han sido derogadas por el de fojas 115.

Que el término de prueba concedido en segunda instancia tiene el carácter de prorrogable, lo