

LA PORCION DE LA HERENCIA QUE CORRESPONDERIA A LOS HIJOS DEL HEREDERO PREMUERTO EN VIRTUD DE LA REPRESENTACION, ACRECE EL DERECHO SUCESORIO DE LOS SOBREVIVIENTES, AL NO HABERSE DETERMINADO EN EL TESTAMENTO LA FRACCION DE HERENCIA QUE SE DEJA A CADA HEREDERO; DE CONFORMIDAD CON LO PRECEPTUADO EN EL ARTICULO 802 DEL CODIGO CIVIL

DICTAMEN FISCAL

Señor:

A fs. 50 don Ermenegildo Giannoni por su esposa doña Rosa Tami de Giannoni y como apoderado de doña Olinda Tami de Beltrami y don Juan Leopoldo Tejada por doña Rosa Tejada viuda de Tami y sus hijos, solicitan que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 657 del C. C. se les entregue, bajo inventario, todos los bienes que forman la herencia de don Germán Tami Notari, que constan del recurso de fs. 16 y 17 de la diligencia preparatoria que acompañan conjuntamente con el testimonio de protocolización del expediente seguido por don Juan Giannoni y otros sobre comprobación del testamento de don Germán Tami y demás documentos que acreditan el pago del impuesto correspondiente. Por auto de fs. 50, su fecha 7 de abril último, el Juez de Primera Instancia accedió a dicha petición; pero como a fs. 65 doña Juana Vela vda. de Tami y doña Amalia Puell de Rodríguez se oponen a la entrega ordenada, se tramita dicha oposición y de conformidad con lo opinado por el Agente Fiscal, doctor Portocarrero, por auto de fs. 78 vta. se declaró sin lugar y se mandó llevar adelante las entregas ordenadas; pero la Corte Superior de Lima, por resolución de fs. 86, ha revocado el apelado, declarando fundada dicha oposición, lo que motiva el recurso de nulidad concedida a don Ermenegildo

Giannoni y otro, por auto de fs. 87 vta. Del testimonio de protocolización del expediente seguido por don Juan Giannoni y otros sobre comprobación del testamento de don Germán Tami que obra a fs. 30, aparece que el Sacerdote peruano don Germán Tami falleció en Lugano, Suiza, el 1º de febrero de 1948, bajo el testamento ológrafo que otorgara en la Parroquia de Arzo, Cantón Ticciano, Suiza, en 16 de julio de 1937 y que ha sido declarado como su última voluntad por resolución de 14 de febrero de 1950. En este testamento, don Germán Tami distribuye su herencia entre sus cinco hermanos: Pedro, Plácido, Lucio, Rosita y Olinda. Según la partida de defunción de fs. 72 don Plácido Tami falleció el 19 de junio de 1943 y según copia certificada de fs. 63 fueron declarados sus herederos, sus hijos legítimos Manuel Jesús y Rosalía Tami Puell y la cónyuge sobreviviente doña Amalia Puell García. Según la partida de fs. 73 don Luis Tami falleció el 29 de mayo de 1944 y de la copia simple de fs. 59 aparece que por resolución de 25 de julio del mismo año, fueron declarados sus herederos sus hijas legítimas María Leyda y Nelly Carmela Tami Vela y su cónyuge, doña Juana Vela. Doña Juana Vela vda. de Tami y doña Amalia Puell de Rodríguez formulan la oposición de fs. 65 alegando que habiendo fallecido don Plácido y don Lucio Tami, instituidos herederos en el citado testamento, en virtud de lo que dispone el artículo 680 del C. C. debe considerarse con los hermanos sobrevivientes a los hijos de los hermanos premuertos y que pretender que los bienes dejados por el causante se reparta entre las dos hermanas supervivientes y los herederos de don Pedro Tami, importa preterir y desheredar contra expresa voluntad del testador, a quienes deben concurrir en la herencia. Según el artículo 703 del C. C. (el que carece de cónyuge o de parientes de los indicados en los artículos 700 y 701 del mismo Código, tiene la libre disposición del total de sus bienes y como esos artículos se refieren a los descendientes, o padres, o hijos adoptivos, o descendientes, de éstos, o ascendientes, es evidente que el vigente Código Civil no considera a los hermanos como herederos forzosos; pero en el caso de autos, como don Germán Tami no tenía herederos forzosos, instituyó como sus herederos a sus ya nombrados cinco hermanos. Habiendo fallecido don Lucio y don Plácido antes que el testador, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 752 del C. C. caducó la institución de heredero hecha en favor de los dos nombrados hermanos del causante y no procede aplicar el artículo 680 del C. C. sobre la

representación en la línea colateral, que se refiere a la sucesión legal; pero no a la testamentaria y como el testamento se hizo sin determinar la fracción de la herencia que se dejaba a cada heredero, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 802 y 726 del mismo Código, los herederos testamentarios tienen derecho de acrecer y en consecuencia, deben repartirse en iguales partes la herencia que correspondía a don Lucio y a don Plácido. La oposición formulada a fs. 65 carece de fundamento y debe declararse sin lugar, ordenando que se lleve adelante las entregas ordenadas por auto de fs. 50. Por las consideraciones expuestas, opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que HAY NULIDAD en el auto recurrido y reformándolo confirmar el de Primera Instancia de fs. 78 vta. que declara sin lugar la oposición deducida a fs. 65.

Lima, 14 de enero de 1952.

García Arrese.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintiséis de mayo de mil novecientos cincuentidós.

Vistos; en discordia; con los votos escritos de los señores Vocales, doctores Zavala Loayza y Delgado, que rubricará el secretario; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; y considerando: que según el testamento ológrafo que en copia certificada corre a fojas treinta vuelta, don Germán Tami instituyó como sus herederos a sus hermanos Rosa, Pedro, Olinda, Plácido y Lucio, falleciendo antes que él los dos últimos; que por el deceso de éstos, conforme a lo que dispone el inciso segundo del artículo setecientos cincuentidós del Código Civil, caducó la institución efectuada en su favor; que producida esa caducidad, en el proceso ordinario de la devolución hereditaria, debería corresponder a los descendientes de los mencionados premuertos la porción vacante de la herencia, en virtud del derecho de representación que instituyen los artículos seiseientos setentidós y seiseientos ochenta del referido Código; que en el presente caso los herederos que designa la mencionada cláusula testamentaria por estar llamados conjuntamente, sin determinación de la fracción de la herencia asignada a cada uno, la

parte vacante de los premuertos, de acuerdo con lo que preceptúa el artículo ochocientos dos del precitado cuerpo de leyes, acrece el derecho sucesorio de los sobrevivientes, quedando de este modo desplazada la representación por el acrecimiento; que dicho acrecimiento tiene por único y definitivo título la cláusula testamentaria que reúne, según su propio tenor, los requisitos que dan existencia a la denominada figura jurídica expuesta, por lo que carece de objeto que se promueva acción y se pronuncie decisión judicial para que sea reconocido el acrecimiento: declararon HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas ochentiséis, su fecha ocho de noviembre de mil novecientos cincuentuno, que revocando el apelado de fojas setentiocho vuelta, su fecha veintiuno de mayo del mismo año, declara fundada la oposición deducida por doña Juana Vela viuda de Tami y doña Amelia Puell de Rodríguez, en su escrito de fojas sesentiocho; reformándolo: confirmaron el de primera instancia que declara sin lugar dicha oposición; y los devolvieron.—**Eguiguren.— Sayán Alvarez.— Checa.— Valverde.**

Dagoberto Ojeda del Arco.—Secretario.

Según el artículo 1085, inciso 4º del C. de P. C., es resolución nula la expedida sin demanda, o sin contestación expresa o tácita en los casos en que la ley prescribe este trámite. Sin embargo de que el presente asunto es contencioso, como aparece del escrito de fs. 50 y de la oposición de fs. 65, ha sido resuelta sin que se haya entablado demanda con arreglo a ley. Por consiguiente, la resolución materia del recurso adolece de nulidad, por haberse realizado el caso previsto en la disposición legal citada. En virtud de estas consideraciones, nuestro voto es en el sentido de que debe declararse nulo el auto recurrido, insubsistente el de Primera Instancia y Nulo también todo lo actuado en el proceso.

Lima, abril 1º de 1952.

Zavala Loaiza.— Delgado.

Se publicó conforme a ley.

Dagoberto Ojeda del Arco.—Secretario.

Exp. 1047/51.—Procede de Lima.