

Es válida la institución de heredero hecha en favor de persona no nacida al tiempo del fallecimiento del testador.

---

*Recurso de nulidad, interpuesto por Doña Mercedes Alvariño en la causa que sigue con Don José M. Alvariño y otros sobre posesión pro-indiviso.*

Excmo. Señor:

Conforme al artículo 1328 del Código de Enjuiciamientos, para que se ministre la posesión hereditaria, el heredero instituido debe presentar la partida de entierro ó la constancia de la muerte de su instituyente, y el testamento autorizado de manera que haga fé, acreditando su idoneidad, si no es conocido, y habiendo otros herederos, según el testamento, ordenará el juez se dé al demandante posesión proindiviso (artículo 1330). En este caso se encuentra doña Mercedes Alvariño que solicita la posesión pro-indiviso, fundada en el testamento que el presbítero don Eulalio Benavides otorgó el 17 de Enero de 1832 (foja 92 cuaderno acompañado), en cuya cláusula 26 instituyó por su heredera usufructuaria á su hermana adoptiva doña Mercedes Benavides, mandando que por fallecimiento de ésta pasasen los bienes á los hijos legítimos que ella tuvo cuando se otorgó el testamento y á *los demás que en adelante pudiese tener.*

La partida de bautismo de foja 1.<sup>a</sup> cuaderno corriente, prueba que doña Mercedes es hija legítima de la heredera usufructuaria, habida y nacida después de otorgado dicho testamento, y después también de que falleció el otorgante. En mérito de estos justificativos, mandó el juez que se ministrase á doña Mercedes la posesión proindiviso, por haber fallecido su madre heredera usufructuaria; pero sus hermanas se han opuesto, no contradiciendo los hechos é instrumentos presentados por aquella, sino sosteniendo que doña Mercedes no tiene capacidad para ser heredera, porque cuando se otorgó el testamento y falleció el presbítero Benavides no estaba ni aun concebida y aun cuando hubiese estado ya nacida, habría perdido el derecho á la herencia, por haber sostenido un juicio contra el testamento que contiene la cláusula citada.

En primera instancia se ha declarado fundada esa oposición, y sin personería á doña Mercedes para solicitar la posesión hereditaria, y la Ilustrísima Corte ha confirmado esta resolución, en cuanto ordena se suspenda la misión en posesión proindiviso, revocándola en la parte que declara sin personería á doña Mercedes para pedir la posesión, y ha mandado que se dé á la causa la sustanciación ordinaria, para que, en esta vía, se discuta si «es ó nó válida y legal la parte de la cláusula 26<sup>o</sup> del mencionado testamento que instituye por herederos á los demás hijos que la heredera *usufructuaria pudiese tener en adelante*, es decir, después de la muerte del testador, ó de otorgado el testamento.

El Fiscal cree que ambas resoluciones no guardan uniformidad con las leyes á que se ha permitido llamar la atención de V. E.

La acción entablada por doña Mercedes es la sumaria á que se refiere el indicado artículo 1328 del Código de Enjuiciamientos, y habiendo la demandante presentado los títulos que él exige, no contradichos, en cuanto á su mérito probatorio; no ha debido dejarse de cumplir el artículo 1330, puesto que los instrumentos en que la acción se apoya, prueban por sí mismos sin necesidad de otros justificativos y producen sus efectos legales, sin que se invalide su mérito probatorio por la simple deducción de nulidad ó falsedad, hasta que se decida sobre esos vicios, en el juicio respectivo (artículo 734 Código de Enjuiciamientos).

Verdad es, que conforme á este mismo artículo, si la nulidad ó falsedad se encuentran de manifiesto en el documento, queda éste invalidado. Pero la tacha de nulidad de la citada disposición de la cláusula 26.º del testamento, no se funda en que ella contenga un acto contrario á terminantes disposiciones del Código Civil artículo 789 del Código de Enjuiciamientos y aun cuando se sostuviese que ella infrinje alguna ley terminante, no podría declararse la nulidad ó invalidez, sino en el respectivo ordinario, cuya prosecución no suspendería los efectos del instrumento, artículo 792 del Código de Enjuiciamientos Civil, y menos su ejecución en un interdicto posesorio, que deja á las partes expedito su derecho para deducirlo en la vía ordinaria.

Además, ni la antigua ni la nueva legislación prohíben nombrar por herederos á los hijos que personas determinadas pueden tener, después de otorgado un testamento ó de muerto el testador. Las leyes de partida que en materia de sucesión hereditaria, especialmente, fueron tomadas de la legislación romana, se modificaron en las leyes recopiladas, según las cuales se dejó en libertad á los testadores para instituir herederos, con las condiciones y en los términos que á bien tuviesen, sin otra limitación que la de nombrar por tales, á personas capaces y que no tuviesen los determinados impedimentos que ellas establecieron. Según la nueva legislación no hay otros incapaces para ser instituidos sino los comprendidos en el artículo 709 del Código Civil, y conforme al artículo 714, la institución de herederos voluntarios puede hacerse desde día determinado ó hasta cierto día ó bajo de condición y basta que la persona nombrada exista al tiempo de su institución de heredero, ó de la muerte del testador ó cuando se abra la sucesión, para que reciba la herencia. La del presbítero Benavides se abrió á la muerte de la usufructuaria, cuando existía ya su hija doña Mercedes.

Lo mismo debe decirse respecto de la incapacidad de ésta por haber sostenido un juicio contra el testamento ó contra las formas que se observaron en su apertura y protocolización. Este fundamento así como el anterior, con que se ha sostenido la oposición de los coherederos y hermanos de doña Mercedes, tampoco suspenden la acción posesoria,

---

y debe ventilarse en vía ordinaria, pues necesitan de pruebas y de larga discusión.

Por lo expuesto cree el Fiscal que V. E. puede servirse declarar que hay nulidad en el auto de vista de que se ha ocupado, en la parte que manda suspender la posesión proindiviso, solicitada por doña Mercedes Alviño, y reformándolo y revocando el apelado en esa parte, mandar que se lleve á debido efecto el de primera instancia de 6 de agosto del año próximo pasado, á fojas 2 vuelta, que dispone que se ministre á doña Mercedes Alvariño la posesión proindiviso que solicita, dejando á salvo los derechos de sus hermanos para que, en la vía ordinaria, ventilen las tachas que han deducido, si así les conviniese, salvo el más acertado juicio de V. E.

Lima, julio 26 de 1880.

LA ROSA.

---

*Lima, 21 de agosto de 1880.*

Vistos: de conformidad con lo expuesto por el señor Fiscal, y por los fundamentos de su dictamen que se reproducen; declararon haber nulidad en el auto de vista de fojas 48 vuelta, pronunciado por la Ilustrísima Corte Superior de este Distrito, en 28 de abril último, en la parte que manda suspender la posesión proindiviso, solicitada por doña Mercedes Alvariño; y reformándolo, y revocando el apelado en esa parte mandaron que se lleve á debido

efecto el de primera instancia de fojas 2 vuelta, su fecha 6 de agosto del año próximo pasado, que dispone se ministre á doña Mercedes Alvariño la posesión proindiviso que solicita, dejando á salvo los derechos de sus hermanos para que en la vía ordinaria, ventilen las tachas que han deducido, si así les conviniese; y los devolvieron.

*Ribeyro. — Alvarez. — Muñoz. — Vidaurre. — Oviedo. — Sánchez. — Morales.*

Se publicó conforme á ley, de que certifico.

*Juan E. Lama.*

Procede de Lima. — Cuaderno Núm. 189.

El conductor, salvo pacto en contrario, cumple la obligación de pagar el alquiler en la moneda circulante en la época del pago, por su valor nominal.

*Recurso de nulidad interpuesto por don Alberto Weiss en la causa que sigue con don Clemente Arróspide sobre pago de arrendamiento.*

Excmo. Señor:

En febrero de 1875 se otorgó el contrato de arrendamiento que contiene la escritura cuyo testimonio corre á fojas 1<sup>a</sup>. En ella se pactó que la renta mensual fuese la de 120 soles. Aun cuando no se expresó