

La acción que corresponde al nieto mejorado viviendo el padre, no es la de posesión pro-indiviso de la masa hereditaria sino la de petición de legado.

---

*Recurso de nulidad interpuesto por don Federico Meneses en la causa que sigue con doña Vicenta Taboada viuda de Vegas sobre misión en posesión.*

Excmo. Señor:

Cuando doña María Villarán mejoró con el tercio de sus bienes á su nieta doña Manuela Vegas y Taboada, vivía la madre de ésta doña Vicenta Taboada, hija legítima de doña María y su heredera forzosa, nombrada como tal en su testamento. Aquella mejora no es otra cosa que un legado hecho á favor de su nieta que, viviendo como aun vive su madre, no podía recibirlo sino como legado, pues en el orden de la sucesión legal y forzosa, los nietos no heredan á sus abuelas, sino á falta de hijos legítimos ó en representación de éstos, cuando sus padres han fallecido. La acción que compete á don Federico Meneses como viudo esposo de doña Manuela Vegas y padre del menor habido en su matrimonio, no es pues de posesión hereditaria ó pro-indiviso, como representante de la nieta mejorada, sino la de petición del legado, con que fué agraciada su esposa. Según los artículos 1331 y 1335 del Código de Enjuiciamientos, sólo

toman posesión pro-indiviso á título de herencia los herederos que la soliciten, el cónyuge sobreviviente, el póstumo, á quien represente su madre, y el hijo preterido. Como la mejora del tercio que, según se ha dicho, no puede en este caso ser considerada sino como legado, no consistió en bienes determinados, sino que debía deducirse de la masa testamentaria, la entrega debe verificarse después de depurada la testamentaria, pues sólo así se sabrá lo que ella importe, y los bienes con que ha de pagarse, para que la mejorada ó legataria, lo reciba con sus respectivos frutos, teniendo el representante de la menor hija de la nieta mejorada el derecho de pedir que se proceda á esa depuración.

Además en el presente caso don Federico Menezes, después de haber aprobado las cuentas y la deducción del tercio de la mejora que extrajudicialmente se practicó á solicitud de la heredera, y sobre la cual recayó la aprobación del juez, ha deducido la acción de nulidad de esa operación, y el juicio en que esta acción se ventila se halla pendiente desde 1877, es decir, desde antes que el mismo don Federico hubiese deducido la de posesión pro-indiviso materia del presente juicio. No puede, pues, éste seguir á la vez que el otro que es en el que se decidirá si la partición extrajudicial debe ó no subsistir, para que tenga ó no lugar la posesión ó la entrega de la mejora que será consecuencia de la resolución que se pronuncie en ese juicio ordinario.

Cree por lo expuesto el Fiscal que no hay nulidad en el auto de vista de 5 de abril del presente año corriente á fojas 315 vuelta, que revocando el

apelado de fojas 292 vuelta, declara no haber lugar á la posesión solicitada por don Federico Meneses, dejando á salvo su derecho para que lo ejercite en la forma y modo conveniente.

Lima, 30 de octubre de 1880.

LA ROSA.

---

*Lima, 17 de diciembre de 1880.*

Vistos: de conformidad con lo expuesto por el señor Fiscal; declararon no haber nulidad en el auto de vista de fojas 315 vuelta, pronunciado por la Ilustrísima Corte Superior de Piura en 5 de abril último, que revocando el apelado de fojas 292 vuelta, declara no haber lugar á la posesión solicitada por don Federico Meneses, dejando á salvo su derecho para que lo ejercite en la forma y modo convenientes, con costas, y los devolvieron.

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

Se publicó conforme á ley; de que certifico.

*Juan E. Lama.*

Procede de Piura. — Cuaderno Núm. 65.

---