

El tercio de libre disposición se computará sobre el total de la masa hereditaria, comprendiendo los bienes colacionables, cuando así lo hubiese dispuesto el testador.

Recurso de nulidad interpuesto por don José Lucas Oyague en la causa que sigue con la testamentaria de don José Vicente Oyague, sobre división y partición. — Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. señor:

Se trata en el incidente pendiente, de averiguar si el tercio de que los testadores pueden disponer en favor de sus descendientes, debe deducirse del total de la masa hereditaria, comprendiéndose en ella los bienes colacionables, o solamente de los bienes que dejó el testador al tiempo de su fallecimiento, exclusión hecha de los colacionables.

A juicio del adjunto, el artículo 748 del C. C. resuelve la cuestión del modo más terminante en el último de los dos sentidos apuntados, sin que pueda decirse que ese artículo se refiere únicamente al caso de que el testador disponga conjuntamente del quinto y del tercio, porque ni el artículo citado, ni los que le siguen, hacen distinción ninguna, y hay que aplicarlo al quinto y al tercio de que habla, sea que el testador disponga de ambos o de uno solo.

No importa tampoco que la ejecutoria de fojas 57 haya establecido que la operación pericial debe practicarse en la forma consignada en el cuadro número uno corriente a fojas 35, porque dicha ejecutoria solamente resolvió la cuestión propuesta a fojas 37, que nada tiene que ver con la actual, habiéndose tomado entonces las cifras del cuadro de fojas 35 como puramente figurativos y no como reales.

Por las consideraciones expuestas, el adjunto opina que hay nulidad en el auto de la Iltra. Corte corriente a fojas 230 confirmatorio del de fojas 125 que declaró sin lugar la tacha de error esencial opuesta por don José Lucas Oyague en su escrito de fojas 107 y que reformando el primero y revocando el segundo de dichos autos, debe V.E. declarar fundada la mencionada tacha y mandar que se rehaga dicha operación con arreglo a la ley.

Lima, julio 7 de 1896.

Alsamora I.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, noviembre 16 de 1896.

Vistos: con lo expuesto por el Ministerio Fiscal, declararon *no haber nulidad* en el auto de vista de fojas ciento treinta, su fecha veintisiete de mayo último, con-

firmatorio del de primera instancia de fojas ciento veinticinco, su fecha diez de enero del presente año, por el que se declara sin lugar la tacha de error esencial deducida por don José Lucas Oyague en su escrito de fojas ciento siete, con lo demás que el indicado auto de vista contiene; condenaron en las costas del recurso y en la multa de ciento sesenta soles a la parte que lo interpuso; ordenaron el reintegro del doble del valor del papel sellado; y los devolvieron.

Guzmán. — Sánchez. — Vélez. — Espinosa. — Corso. — Solar. — Castellanos.

Se publicó conforme a ley.

Luis Delucchi.

Causa N° 173. — Año 1896.
