

Los acreedores del que fallece bajo testamento cerrado pueden pedir su apertura y protocolización conforme á lo dispuesto en el artículo 1245 del Código de Enjuiciamientos Civil.

Juicio seguido en Arequipa por don Mariano Escobedo con don Baltazar Sánchez Morales sobre apertura del testamento de doña María J. Castillo.

Excmo. Señor:

Exhibido por don Mariano Escobedo el 16 de noviembre de 1904 un pliego cerrado que dijo contener el testamento de doña María Josefa Castillo, el Juez ordenó la apertura; y cuando días después pidió aquél, señalamiento de nueva fecha para la dicha diligencia, el Juez desechó, á fojas 5, su solicitud y luego á fojas 7 vuelta, su apelación, por "no tener personería Escobedo en el juicio."

El 5 de enero, continuando cerrado el pliego, don Baltazar Sánchez Morales alegó á fojas 17 su carácter de acreedor, que en su concepto le da derecho sobre los bienes testamentarios, para pedir que fuese abierto.

Tachada, á fojas 19, su personería por la abuela de la difunta doña Bartola Cornejo, el nuevo Juez doctor Vásquez, desestimó, á fojas 23 vuelta, la oposición; y apoyándose principalmente en que sólo pueden pedir la apertura de un testamento cerrado las personas á quienes correspondan los bienes del testador y no sería aceptable la solicitud de Sánchez Morales sino en caso de que la ley hubiese establecido acción popular para exigir sin más prueba la mencionada apertura, la Il.ma. Corte Superior de Arequipa revoca el

auto de 1.^a Instancia y declara fundada la excepción, en el de fojas 30 vuelta, que motiva el recurso de nulidad.

El artículo 1245 del Código de Enjuiciamientos Civil estatuye que todo el que se crea con derecho sobre los bienes de que ha dispuesto otro, en testamento cerrado, puede pedir al Juez que previos los trámites procesales reduzca el documento á escritura pública.

Ese precepto no encierra la índole restrictiva que erróneamente le atribuye el Superior.

No limita la acción á los herederos legales. A éstos en efecto no conviene el instrumento cuando conforme á ley los aparta de la sucesión; y en consecuencia, no hay causal para encomendarles una instancia en provecho de los que los sustituyen, ni es prudente facilitar con tal exclusivismo los planes de quienes por malicia y perspectivas de transacción se propusieren dificultar la apertura.

Tampoco se refiere solo á los herederos voluntarios, porque sin las diligencias que son precisamente materia del juicio, nadie los conoce; ni ellos mismos pueden con certeza invocar tal carácter puesto que se mantiene secreto el pliego cuya publicidad y protocolización constituyen *a posteriori* su título.

Por otra parte, el artículo citado no exige que el derecho abrace la totalidad de los bienes, en muchos casos, puede evidentemente recaer sobre una fracción de ellos, como ocurre con el coheredero y el legatario.

Tampoco especifica el derecho proveniente de donación *pro causa mortis*. Sus términos generales comprenden, en efecto, así mismo, el derecho preexistente que deba reconocer el testador y también se refiere á los bienes, puesto que la masa hereditaria es lo que resulta después de liquidados los créditos pasivos,

Tal es el derecho del cónyuge sobreviviente, cuya citación de oficio precisa el artículo 1247 del Código de Enjuiciamientos Civil y cuyos intereses, independientemente de lo que en su provecho hubiera resuelto el difunto, requieran declaraciones; del albacea á quien, fuera de la conveniencia pecuniaria del tanto por ciento, impulsa la obligación de dar cumplimiento á la voluntad del que en él depositara su confianza; del acreedor cuya deuda afecta á la testamentaria ilíquida, del Fisco cuyo gravámen por alcabala se hace efectivo en la misma herencia, etc.

Pueden, pues, creerse con derecho sobre los bienes no sólo los herederos legales, que concurrirían en el intestado y quienes estando aptos para ser herederos voluntarios ó legatarios tengan algún motivo para suponer que el pliego cerrado los favorece, sino también, sin restricciones, todos cuantos basen su título en ese pliego respecto de cuya apertura en consecuencia les permite ser actores, la liberal doctrina del artículo 1247 del Código ya mencionado.

Esa conclusión está igualmente de acuerdo con los principios sobre exhibición de documentos, aún antes de los litigios, lícitamente exigibles según el artículo 316 del mismo código, por quienes los reputan comprobantes de acción propia ó extintiva de acción también propia.

El derecho proveniente de la creencia ó suposición, ó sea de un fenómeno de fuero interno permite, pues, en la extensión indicada, la instancia para la apertura de un testamento cerrado.

Luego, no cabiendo prueba contra lo abstracto, es obvio que si el actor invoca tal presunción, carece de justificativo la tacha de personería en el presente juicio, con tanta mayor razón cuanto que, en verdad, no hay en él persona demandada.

Por lo demás, la apertura de un testamento es actuación de orden público, como lo son todas las formalidades procesales.

Los artículos 1247 y siguientes del Código de Enjuiciamientos Civil determinan la norma para que tenga eficacia la voluntad del testador, garantizada por la intervención judicial que la ley ordena.

Al admitir la excepción de personería contra Sánchez Morales hubo, pues, error de trámite, puesto que el Juez debió y debe proceder sin mas tardanza ni articulaciones á la apertura del pliego exhibido ha ya cerca de cinco meses.

Es por tal causa oportuno el ejercicio de la atribución que á V. E. concede el artículo 1749 del dicho código.

En mérito de lo expuesto el Fiscal opina que *hay nulidad* en el auto revocatorio del 28 de enero último, corriente á fojas 30 vuelta y lo actuado desde fojas 19 vuelta; por lo cual V. E. debe, salvo mejor acuerdo, reponer el expediente al estado de dichas fojas 19 vuelta, mandando que el Juez lo substancie conforme á ley.

Lima, 3 de junio de 1905.

SEOANE.

Lima, 14 de junio de 1905.

Vistos: de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal y por los fundamentos de su dictámen que se reproducen: declararon haber nulidad en el auto de vista de fojas 30 vuelta, su fecha 28 de enero del presente año; reformándolo, confirmaron el de 1.^a instancia de fojas 23 vuelta, su fecha 10 del mismo mes y

año, por el que se declara sin lugar la excepción de personería interpuesta, á fojas 19, por doña Bartola Cornejo; y los devolvieron.

Elmore—Espinosa—Ortiz de Zevallos—Villarán—Eguiguren.

Se publicó conforme á ley.

Luis Delucchi.

Cuaderno N.º 116—Año 1905. --

No se supone la concepción á los 65 años. Puede contradecirse por la presunta madre la filiación legítima.

Del juicio seguido por don Enrique Quiroz Cuya, con los herederos de doña Antonia Cuya, sobre nulidad de testamento. Procede de Lima.

AUTO DE VISTA

Lima, 4 de mayo de 1905.

Vistos, y considerando: que doña Antonia Cuya declaró en su testamento de fojas 2, no haber tenido prole en ninguno de sus dos matrimonios y que aunque Enrique Quiroz pretendía ser hijo suyo, no lo era; que ésta misma negativa la sostuvo la Cuya en los autos sobre intestado de su esposo don Cipriano Quiroz, desde que por primera vez presentó don Enrique su partida de bautismo de fojas 27, como aparece en los escritos de fojas 33 y fojas 38, legalizada ésta á fo-