

la de primera instancia, que declara infundada la demanda.

*Almenara—Eráusquin—Leguía y Martínez.*

Se votó y publicó conforme á ley.

*J. Gallagher y Canaval.*

Cuaderno No. 1167.—Año 1914.

---

**Es lícita la condición de que, á la muerte del legatario, no pase la cosa legada á determinadas personas.**

---

*Juicio seguido por doña Rebeca Escobedo de Bazo. C. Sánchez y J. I. Castillo, con la Sociedad de Beneficencia de Arequipa, sobre nulidad de cláusula testamentaria.—Procede de Arequipa.*

SENTENCIA DE VISTA

*Arequipa, enero 10 de 1910.*

Vistos; en discordia, con mayor número de votos; teniendo en consideración: que según aparece del testamento de doña María Josefa Castillo, que corre á fojas 101, ésta dispuso se

pagara á don Mariano Escobedo sus honorarios de apoderado, por el tiempo que le había servido, á razón de una libra mensual; y por lo tanto el legado que instituyó á su favor en el mismo testamento, fué esencialmente gratuito, pues, aún cuando la testadora hace referencia en su disposición testamentaria al apoyo y consejos que le había prestado el mismo Escobedo, no siendo esta clase de servicios de los que puede exigirse su pago en dinero, tampoco puede decirse que el legado, aun cuando haya sido hecho por razón de ellos, sea remuneratorio, porque las deudas de afecto y gratitud no dan título jurídico para exigir la recompensa: que siendo, por lo tanto, el legado, instituído por la Castillo en favor de Escobedo voluntario y gratuito, tenía derecho la testadora para imponer las condiciones que hubiera por conveniente, y su cumplimiento es indispensable por parte del legatario, exceptuándose únicamente aquellas que fueren contra la ley ó imposibles de cumplirse, conforme al artículo 792 del Código Civil: que la condición impuesta por la Castillo, de que á la muerte del legatario Escobedo, dejara éste la cosa legada á quien quisiere, menos á su esposa ni á su hija, no es contrario á ley, pues no le obligaba á que privara de sus bienes propios á su hija, sino de lo que ella le dejaba voluntariamente; y si pudo haber dispuesto que los bienes legados debieran pasar á otra persona distinta á la muerte de Escobedo, ó que éste sólo gozara de ellos durante

cierto tiempo ó hasta fecha determinada, es indudable que al excluir del legado á la esposa é hija de la Escobedo, ha procedido en ejercicio de la facultad de libre disposición de sus bienes que tenía sobre la parte legada; y que ésta no es contraria á la ley que determina el modo y la forma como debe hacerse la institución de los legados: que siendo válida y legal la institución condicional que hizo la Castillo á Escobedo, se deduce que la disposición de éste, hecha en su su testamento, que en testimonio corre á fojas 114, para que los bienes que le legó la Castillo pasaran á la Beneficencia Pública de esta ciudad, es también arreglada á la ley, y por lo mismo debe subsistir: que habiéndose desistido doña Bartola Cornejo de la oposición que hizo á la protocolización del testamento de su viuda doña Josefa Castillo, como aparece de su escrito de fojas 189, y estando aprobada la transacción que sobre esta base hizo con doña Rebeca Escobedo por el auto de fojas 194, ha quedado expedida la protocolización de dicho testamento: revocaron la sentencia apelada de 7 de setiembre del año próximo pasado corriente á fojas 281, por la cual se declara bien probada la demanda interpuesta por el apoderado de doña María Rebeca Escobedo en su escrito de fojas 119 y que son nulas y se tengan por no puestas las cláusulas de los testamentos de doña María Josefa Castillo y de don Mariano Escobedo, en las que, la primera prohíbe á Escobedo dejar el legado de

la chacra del Palomar á doña Natividad Valcárcel y á doña Rebeca Escobedo, esposa é hija, respectivamente, de don Mariano Escobedo, y por el segundo instituye á la Beneficencia como heredera de dicho legado, en caso de que no pudiera pasar á su hija: declararon infundada la demanda interpuesta por doña Rebeca Escobedo, y en consecuencia, que las cláusulas de los testamentos de doña María Josefa Castillo y de don Mariano Escobedo la primera en que aquella deja á éste como legado la chacra del Palomar, con su casa, edificio y mejoras, con la condición de que á la muerte del legatario no pase á su esposa doña Natividad Valcárcel de Escobedo ni á su hija doña María Rebeca Escobedo, y la segunda, ó sea en el testamento de Escobedo, éste dispone que pase ese legado á la Beneficencia de esta ciudad, deben cumplirse conforme se hallan establecidas, debiendo pasar, en consecuencia, dicho legado á la Beneficencia; mandaron se protocolice el testamento de doña María Josefa Castillo, que corre de fojas 101 á fojas 103, con sus actuaciones respectivas, en la oficina del notario que corresponda: y los devolvieron, previo reintegro del papel.

*Montoya—Morales—Bustamante y Rada—*

*J. Miguel La Rosa.*

El voto de los vocales que suscriben es el siguiente:

Por los fundamentos pertinentes de la sentencia apelada, y considerando, además: que el auto que aparece al final de la diligencia de fojas 98 vuelta se dictó en mérito de la ejecutoria superior de fojas 67, la misma que fué motivada por la oposición que formuló doña Bartola Cornejo á fojas 54, reiterada á fojas 104 y fojas 105, oposición que tuvo por objeto impedir que el Juzgado expidiera la declaración y mandato á que se refiere la última parte del artículo 1250 del entonces Código de Enjuiciamientos Civil: que no habiendo surgido otra oposición á que se declare que es testamento de la finada María Josefa Castillo el pliego que corre á fojas 11 y que en consecuencia se protocolice, es forzoso que en el fallo se resuelva sobre ese punto, según el mérito que arroje el proceso, pues, de no procederse así resultaría una situación anómala é irregular, esto es, que se decida sobre la validez y alcance de determinadas cláusulas de ese testamento, aun no declarado tal con arreglo al artículo 1250 ya citado: que en la transacción de fojas 181, aprobada á fojas 194 con el asentimiento expreso de las tres partes litigantes, se declara por la opositora doña Bartola Cornejo que retira su oposición y reconoce la validez de ese instrumento testamentario; lo que manifiesta que no hay por qué mantener la reserva que contiene el auto de fojas 99 á que se lleva hecha referencia: que no sería de equidad retrotraer las cosas después de un largo litigio al estado de que el infe-

rior se pronuncie sobre ese punto ó que, en caso contrario, se inicien nuevas actuaciones para obtener la aprobación y protocolización de dicho testamento; y que, finalmente, la aludida transacción de fojas 181, debe surtir sus efectos legales con arreglo á los artículos 1705 y siguientes del Código Civil, salvo acuerdo en contrario de los transigentes; por lo que no debe ser materia del fallo ese punto ya fenecido entre las partes: confirmaron la sentencia apelada corriente á fojas 281, su fecha 7 de setiembre último, en la parte que declara bien probada la demanda entablada por el doctor Emilio Luis Gomez de la Torre, como apoderado de doña María Rebeca Escobedo, en su escrito de fojas 119, nulas y como no puestas las cláusulas de los testamentos de doña María Josefa Castillo y don Mariano Escobedo en las que la primera prohíbe á Escobedo dejar el legado de la chacra del Palomar á doña Natividad Valcárcel y á doña Rebeca Escobedo, esposa é hija, respectivamente, de don Mariano Escobedo, y el segundo deja como heredera á la Beneficencia en el caso de que ese legado no pudiera pasar como herencia á su hija, mandando, en consecuencia, que el legado de la chacra del Palomar se entregue en el término de tercero día á doña María Rebeca Escobedo, así como los frutos ó arrendamientos de esa chacra desde la muerte de la testadora; la declararon insubsistente en cuanto manda que debe cumplirse las estipulaciones acordadas en la tran-

sacción celebrada entre doña Bartola Cornejo y doña Rebeca Escobedo; entendiéndose que el testamento que se contiene en las fojas 101, fojas 102 y fojas 103 es la última voluntad de la finada doña María Josefa Castillo, debiendo protocolizarse y que se den los testimonios que se pidan; y los devolvieron.

Arequipa, 10 de enero de 1913.

*García Maldonado.*

*Soto.*

---

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

En su testamento cerrado de fojas 101, otorgado por doña María Josefa Castillo en marzo de 1904, dispuso del tercio de sus bienes, consistente en la chacara el Palomar, á favor de don Mariano Escobedo, con la condición de que, al fallecimiento de éste, no pasara dicho bien á su mujer doña Natividad Valcárcel, ni á su hija María Rebeca, pudiendo Escobedo dejarlo á quien quisiera, menos á ellas. Acatando esa condición, que él conocía seguramente [fojas 205], Escobedo, en su testamento de fojas 107, otorgado en mayo de 1905, dispuso que, si por

cualquier motivo que apareciere del de la Castilla, no abierto aun entonces, su hija Rebeca no pudiese heredar lo que en él se le dejare, pasara á la Beneficencia de Arequipa.

Doña María Rebeca Escobedo entabló á fojas 119 acción de nulidad de las cláusulas de ambos testamentos relativas al legado de la Castilla, acción á que coadyuvaba la abuela y heredera de ésta, según transacción de fojas 189. Fúndase la demanda en que la condición impuesta por la Castilla es ilícita é inmoral y debe tenerse por no puesta, conforme á los artículos 792 y 719 del Código Civil.

El fundamento es inexacto. La condición es lícita, es decir, permitida por la ley. El testador que instituye heredero voluntario ó dispone de una parte de sus bienes á título de legado á favor de una persona, es libre de indicar las condiciones, suspensivas ó resolutorias, que tenga á bien; siempre que no sean contrarias á las leyes ó buenas costumbres. (artículos 713, 714, 719, 720, 791 y 792 Código Civil). Así como le es permitido disponer que la herencia ó legado sean solo por la vida del favorecido y que á su muerte pasen á otra persona (artículos 731, 716 y 717) ¿qué razón hay para que no pueda exigir que esos bienes, que le pertenecen y de que puede disponer con absoluta libertad, no pasen á determinadas personas? No hay diferencia sustancial entre mandar que, á la muerte del heredero voluntario ó del legatario la herencia ó el legado

pasen á determinada persona y mandan que no pasen á determinada persona. Si el testador puede exigir que su heredero ó legatario no se case con persona determinada ¿por qué no ha de poder exigir que sus bienes no sean gozados por persona determinada? La ley no lo prohíbe; luego, la condición es lícita.

Tampoco es inmoral. Al contrario, es honesta. Sea ó no cierto que Escobedo y la Castillo tuvieron relaciones carnales, lo que no está plenamente averiguado, es natural y honrado que la segunda tuviera repugnancia de que la hija del primero resultara aprovechando del fruto del adulterio, real ó supuesto, de su padre. El legado pasaría manchado á manos de la hija. Era el testimonio material del delito del padre. La Escobedo no debiera pretender enriquecerse con ese legado. Mejor es que pase á la Beneficencia. La caridad lavará y redimirá la mancha existente ó aparente.

Por lo expuesto aquí y en el dictámen de fojas 296 vuelta, el Fiscal, defensor nato de los intereses de Beneficencia, es de sentir que no hay nulidad en la sentencia revocatoria, que declara infundada la demanda y válidas las cláusulas impugnadas de los testamentos de la Castillo y Escobedo; con los demás que contiene; salvo mejor parecer de VE.

Otro sí dice el Fiscal: que se advierta á la Corte de procedencia cuide de exigir el reintegro

del papel de fojas 7, 8, 31, 33, 37, 40, 92, 96 á 98 y 189 á 192.

Lima, 2 de julio de 1914.

LAVALLE.

---

RESOLUCIÓN SUPREMA

*Lima, 7 de noviembre de 1914.*

Vistos; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal: declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 299, su fecha 10 de enero del año próximo pasado, que revocando la de primera instancia de fojas 281, su fecha 7 de setiembre del año anterior, declara infundada la demanda interpuesta por doña Rebeca Escobedo, y en consecuencia, válidas las cláusulas impugnadas de los testamentos de doña María Josefa Castillo y de don Mariano Escobedo, con lo demás que dicha sentencia de vista contiene; condenaron en las costas del recurso á la parte que le interpuso; y los devolvieron.

*Elmore - Eguigúren - Eráusquin - Washburn  
Pérez*

*J. Gallagher y Canaval.*