

Es inconcluso el testamento, y no se tiene por tal, el de la persona que fallece antes de terminarlo.

*Recurso de nulidad interpuesto por doña Josefa Frías en la causa que sigue con doña Rosa Aulestía sobre comprobación de testamento.—
Procede de Lima.*

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Lima, 25 de junio de 1914.

Vistos; con los pedidos para resolver, y resultando: que doña Dolores Frías viuda de Pedreros dictó su testamento ante el notario don Adolfo Prieto, y cuando estaba casi terminado, se suspendió el acto, por haber fallecido la testadora: que por tal motivo doña Josefa Frías, hermana legítima de aquella, inició el expediente sobre declaración de herederos que se tiene a la vista, y por separado, doña Rosa Aulestia iniciaba, también, otra instancia para que, previo los trámites de ley, se declarase que era testamento de la Frías el otorgado ante el notario Prieto y que no fué firmado por la testadora por su fallecimiento: que, no obstante esta acción, la misma Aulestia se opuso, a fojas ocho, a la petición a la declaración de herederos, alegando la existencia de dicho testamento, oposición que fué declarada sin lugar por la resolución suprema de fojas cincuenta y una: que por haber continuado la Aulestia la prosecución de su instancia sobre comprobación de ese testamento considerándolo como privado, se ha opuesto a ello la Frías, motivándose el presente juicio ordinario, que ha llegado al estado de sentencia;

Y teniendo en consideración:

Primero.—Que si bien por la resolución suprema citada se desestimó el mérito del testamento a que se ha hecho referencia y quedó establecido que debía continuar la instancia para la declaración de herederos, debe tenerse en cuenta que ella no causa ejecutoria, por haberse expedido en juicio sumario y que, por lo tanto, está expedita la acción intentada para dar validez a ese acto jurídico imperfecto, que por sí sólo no tiene fuerza legal:

Segundo.—Que al establecer el artículo seiscientos cincuenta y nueve del Código Civil que no es testamento el que no se ha concluído, sólo puede referirse al comenzado y no terminado, porque en este caso sería indispensable ocurrir a medios inductivos para averiguar cual fué la voluntad del testador y la ley es muy cautelosa al respecto, no permitiendo que acto tan trascendental tenga que deducirse por vía de indagaciones o argumentos, pero no es de aplicación la disposición legal citada, cuando esa voluntad es manifiesta y excluye toda cuestión acerca de su probabilidad o verosimilitud, como sucede en el otorgado en Registro y no firmado por el testador por su repentino fallecimiento, porque entonces suministra por sí mismo las pruebas de que se trata de un acto terminado de última voluntad y respecto del cual las disposiciones esenciales de la ley fueron cumplidas:

Tercero.—Que en este sentido es incuestionable que lo que la ley exige en materia de testamento es que sea un acto perfecto, en cuanto a las formalidades que deben observarse y que, por consiguiente, si el otorgado en escritura pública adolece del defecto de la firma del testador, puede resultar eficaz como testamento verbal, si reúne los requisitos de éste, pudiendo invocarse en apoyo de esta opinión la ejecutoria suprema de cuatro de noviembre de

mil novecientos uno, expedida en la causa Marmanillo-Gamboa y, muy especialmente, el artículo seiscientos sesenta y seis del Código citado, que dispone se repunte testamento verbal el que se hace en escritura pública, si no tiene el número de firmas que la ley exige:

Cuarto.—Que examinada la materialidad particular del acto de última voluntad de doña Dolores Frías viuda de Pedreros a que se refiere el documento de fojas una, se ve que es un acto terminado o concluido, que contiene institución de herederos, designación de bienes y algunos legados, con sujeción a lo que permite la ley sobre el particular, habiendo adquirido el carácter de documento verbal, merced a la declaración de los cinco testigos que deponen de fojas nueve a fojas once y de fojas trece vuelta a fojas quince, advirtiéndose que en este caso no tiene impedimento para ser testigo el notario don Adolfo Prieto, cuya declaración es de la mayor importancia para producir el convencimiento que persigue la ley, o sea saber, por boca del testador, a quién instituye su heredero, y que por otro lado no puede desestimarse el testimonio de don Agripino Rueda de fojas nueve, por no contradecir la realidad y exactitud de la actuación testamentaria en que intervino, y antes bien completa la prueba clara y positiva que establece la ley respecto a los testamentos verbales;

Por tales razones, administrando justicia a nombre de la Nación; Fallo: declarando fundada la demanda de fojas tres interpuesta por doña Rosa Aulestia y, en consecuencia, que es testamento y última voluntad de doña Dolores Frías viuda de Pedreros el contenido del instrumento de fojas una; reintegrándose este pliego de papel por la demandante y protocolícese éste expediente ante el notario Prieto para los efectos de ley.

O. CEBRIÁN.

Ante mí.—*José Costa y Vivanco.*

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Lima, 14 de julio de 1915.

Vistos; con los traídos que se devolverán y en segunda discordia: confirmaron la sentencia de fojas treinta y ocho, su fecha 25 de junio último, que declara fundada la demanda de fojas tres y que es testamento y última voluntad de doña Dolores Frías de Pedreros el contenido en el instrumento de fojas una; y los devolvieron.

Lanfranco—Romero—Granda

Considerando: que es indispensable la conclusión del acto para que haya testamento: que, según lo declara el testigo Rueda, desde la cláusula quinta la testadora se hallaba incapaz para testar: que el notario ha debido, en ese instante, cumplir lo dispuesto en el inciso once del artículo seiscientos cincuenta y ocho del Código Civil, y no llamar otro testigo para que firmase por la testadora, quien estaba imposibilitada para hacer tal ruego: que así el instrumento, cuya copia corre a fojas una, está claramente comprendido en el artículo seiscientos cincuenta y nueve del Código citado: que lo dispuesto por el artículo seiscientos sesenta y seis se refiere, expresamente, al caso de faltar el número de firmas, que no ocurre en el presente: que aún cuando tal disposición fuera aplicable, faltarían los requisitos primero y tercero del artículo seiscientos sesenta y tres del Código citado, pues el testigo declara que salió al dictarse la cláusula quinta, en cuyo momento la testadora entraba en agonías y no oyó la institución de heredero, ni que declarara que el dinero estuviese en un Banco: que, en conse-

cuencia, no han podido estar cinco testigos reunidos de principio a fin, como la ley exige: mi voto es, porque se revoque la sentencia apelada, su fecha veintinco de junio de mil novecientos catorce; se declare infundada la demanda, por cuanto el instrumento copiado a fojas una no es testamento de doña Dolores Frías viuda de Pedreros.

Torre González.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo seiscientos cincuenta y nueve del Código Civil y a lo resuelto en la ejecutoria suprema de fojas cincuenta y una, mi voto es, igualmente, porque se revoque la sentencia apelada y que se declare que no es testamento de doña Dolores Frías de Pedreros el contenido en el instrumento de fojas una.

Araujo Alvarez.

Se publicó conforme a ley.

José Belisario Sánchez.

VISTA FISCAL

Excmo. Señor:

Realizado el fallecimiento de doña Dolores Frías viuda de Pedreros, se pidió, en el cuaderno agregado, su declaratoria de intestado mandándose reservar por el resolutorio de fojas 81 vuelta, confirmado a fojas 86, la continuación de ese proceso, hasta que se decidiera en éste, si era o no testamento el que la citada doña Dolores Frías había otorgado el 13 de febrero de 1911, ante el notario don

Adolfo Prieto, que en copia corre a fojas 1 y fojas 2.

De esta copia resulta que la testadora en presencia del número de testigos que la ley ordena, cumplió con expresar su nombre, estado y lo demás que exige el artículo 657 del Código Civil; que declaró quienes eran sus padres y la persona con quien fué casada; que instituyó por heredera a doña Rosa Aulestia; que, asimismo, instituyó varios legados; y que después de todo lo anterior, al ratificar en la cláusula octava la equivocación en que había incurrido sobre la persona que le tenía un dinero de su propiedad, quedó en suspenso el acto, firmando por ella un testigo más de los que habían concurrido.

Después de solicitada por la heredera la comprobación judicial del aludido testamento, a lo que se opuso doña Josefa Frías, el juez de primera instancia, por su sentencia de fojas 31, declaró fundada la demanda y, en consecuencia, que ese acto era testamento y contenía la última voluntad de doña Dolores Frías viuda de Pedreros, habiéndose este fallo confirmado a fojas 61, derivándose de allí el recurso extraordinario de nulidad que corresponde decidir a VE.

En concepto de este Ministerio, lo resuelto está de acuerdo con la ley, tanto por lo que resulta del documento sujeto a materia, como por el mérito que sobre lo principal arrojan las declaraciones de fojas 9 a fojas 14 de estos autos.

No puede suponerse que ese documento no contenga la expresión de última voluntad en la testadora, cuando ella se ha expresado en presencia de los testigos que la ley exige para la facción del testamento en escritura pública y cuando las solemnidades externas del acto se cumplieron, interviniendo, en el mismo, el funcionario destinado a darle autenticidad con su presencia.

Verdad es, como se expresa en el mismo documento, que el aludido acto se suspendió después de haberse realizado lo esencial, y, simplemente, cuando la testadora rectificaba en cuanto a la existencia de uno de sus bienes, la equivocación en que había incurrido al principio; pero esta circunstancia no es bastante para declarar el mismo acto invalidado en lo demás, desde que la manifestación de bienes no es esencial ni obligatoria en los testamentos; la validez de éstos no depende de los errores que puedan cometerse y aún esa manifestación puede suprimirse por completo, sin que por ello deje el acto de producir sus efectos en cuanto a la institución de herederos hecha con las solemnidades que la ley requiere para testar.

Tales consideraciones adquieren mayor fuerza si se tiene en cuenta que, aún suponiendo inexistente el testamento como otorgado en escritura pública, no por ello puede suponerse que la testadora falleció intestada, pues, en el caso de que se trata, ese testamento debe, conforme a lo dispuesto en el artículo 666 del Código Civil, reputarse como hecho verbalmente.

No puede contra lo anterior alegarse que para el testamento verbal se requieren cinco testigos en vez de los tres exigidos al que se otorga en escritura pública, tanto porque en los casos de excepción a que ese precepto de la ley se contrae no puede regir la regla establecida en el inciso primero del artículo 663 del mismo código, como porque garantizan la autenticidad del acto cuya validez está "sub-litis", el testimonio de 5 personas, o sea cinco testigos exigidos para el testamento verbal, que son: los tres testigos llamados para presenciar el público, el que vino a firmar por impedimento de la testadora y el notario interviniente, quien para el efecto de la

comprobación no hay por qué suponer que no pueda corresponderle ese rol en el litigio.

Por las anteriores consideraciones, el infrascripto concluye opinando en el sentido de que corresponde a ese Tribunal Supremo declarar que no hay nulidad en el fallo recurrido, donde se confirma el de primera instancia; salvo mejor acuerdo de VE.

Lima, octubre 5 de 1915.

ROMERO.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 21 de diciembre de 1915.

Vistos; con lo expuesto por el Ministerio Fiscal; y considerando: que no es aplicable a este caso el artículo 666 del Código Civil, en razón de lo dispuesto en el 659 del mismo código: declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 61, su fecha 14 de julio del corriente año, confirmatoria de la de primera instancia de fojas 38, su fecha 25 de junio anterior, que declara fundada la demanda interpuesta por doña Rosa Aulestia y, en consecuencia, que es testamento el contenido en el instrumento de fojas 1; reformando la primera de dichas sentencias y revocando la segunda, declararon infundada la demanda y que el referido instrumento copiado a fojas 1 no es testamento de doña Dolores Frías viuda de Pedreros; y los devolvieron.

Almenara—Eguiguren—Villa García—Barreto—Alzamora.

Se publicó conforme a ley.

Julio Noriega.

Cuaderno No. 666—Año 1915.