

Si por acto de última voluntad, se instituyera heredero en un codicilo, debe considerarse este instrumento como testamento, si fué otorgado con las solemnidades que para éste determina la ley.

Recurso de nulidad interpuesto por don Oscar W. Velazco en la causa que sigue con don Benjamín Velazco, sobre división y partición de bienes. Procede del Cuzco.

DICTAMEN FISCAL

Doña María Cleofé Montes hizo testamento en la ciudad del Cuzco en 10 de Setiembre de 1915, instituyendo como sus únicos herederos a su sobrina carnal doña Aurora Luz Elena Montes de Velazco y a su sobrino don Francisco Montes

Posteriormente, el 11 de Agosto del año siguiente, en instrumento llamado codicilo revoca la institución de heredero a favor de don

Francisco y todas las disposiciones que le favorecían y llama a su citada sobrina como a su única heredera.

Seis días después otorga la escritura que en copia corre a fojas cuatro nominada cesión y donación entre vivos, por la que entrega a su sobrina todos los bienes de que dispone, expresando que esos mismos bienes se los tiene dejados en testamento.

Al rededor de estos tres instrumentos gira todo este proceso.

D. Francisco Montes, apoyado en el primer testamento, ha demandado la partición de bienes; doña Elena Montes de Velasco ha contradicho la acción, haciendo valer los otros dos instrumentos posteriores: don Francisco tacha de nulos estos títulos: el primero porque es infractorio del art. 855 del C. C. que prohíbe alterar en codicilo la institución de heredero y el segundo, porque doña Cleofé Montes ha donado más de lo que el art. 592 del mismo Código le permite donar. Se ha alegado, además, que la donante no estuvo en el uso de su razón cuando realizó este acto y la falsedad del instrumento, que no ha sido probada en forma alguna.

Los certificados médicos copiados a fs. 27, que se refieren al mes de mayo de 1917, en los que se declara que la señora Montes se encontraba en estado de incapacidad mental en ese entonces no son suficientes para hacer afirmación legal alguna al respecto y menos para ampliarla a tiempo anterior en varios meses, o sea a Agosto de 1916, fecha del llamado codicilo y de la escritura de donación. Que la testadora gozaba en sus facultades intelectuales en esta época está comprobado con la diligencia judicial que corre a fs. 115.

Por lo demás, la cuestión resulta simplificada. La distinción entre codicilo y testamento carece prácticamente de importancia jurídica. Si en el llamado codicilo se instituye heredero, éste es testamento, apesar de la denominación que le quiera dar el notario o el otorgante: no es necesario extenderse en demostrarlo.

Por consiguiente la revocación de la institución de herederos y la institución a favor de la señora de Montes, hecha en el instrumento público de 11 de agosto de 1916 debe producir legalmente todos los efectos del testamento.

Siendo así, carece de objeto analizar el valor de la escritura de donación o entrega anticipada de los bienes heredados.

El testamento es un título perfecto y no necesita doña Aurora Montes de Velazco de otro mejor para gozar tranquilamente de la herencia.

En concepto del Fiscal hay nulidad en la sentencia de vista y reformándola debe revocarse la de primera instancia y declarar sin lugar la demanda de partición.

Lima, 21 de marzo de 1923.

ARAUJO ALVAREZ

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 7 de Mayo de 1923.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal cuyos fundamentos se reproduce; y considerando además, que por el instrumento de 11 de agosto de 1916, otorgado con las solemnidades del art. 658 del Código Civil dictó doña María Cleofé Montes ciertas disposiciones de última voluntad alterando en parte su testamento de 10 de Setiembre de 1915, en cuanto a la institución de herederos y a los legados que se ocupó en éste y aunque ese instrumento se denominase codicilo es verdadero testamento, conforme a lo dispuesto en el artículo 651 del mismo código; declararon haber nulidad en la sentencia de vista de fs. 258, su fecha 14 de julio de 1922, en la parte que es materia del recurso; reformándola y revocando la de primera instancia de fs. 221, su fecha 28 de Octubre de 1920, declararon sin lugar la demanda de partición; y los devolvieron.

Barreto.—Leguía y Martínez.—Washburn.
—Pérez.—Romero.

Se publicó conforme a ley.

Benjamín Gandolfo.

Cuaderno N^o 1118. Año 1922.
