

La enajenación que hace el testador, en vida, de un bien que dejaba en su testamento, como mejora o legado específico, importa la revocación de la cláusula respectiva.

Recurso de nulidad interpuesto por doña María Josefa Espinoza Recavarren, por sí y sus hermanas, en la causa que siguen con don Enrique Espinoza, sobre división y partición.---Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Cuando se abrió la sucesión de doña Ramona Michilena vda. de Espinoza ya no existía entre sus bienes la renta de que dispuso en su testamento como mejora a favor de sus nietos.

El derecho a la renta de que gozaba el año de 1919 y que la pagaban las Empresas Eléctricas Asociadas lo aportó a la Soc. Anónima Agrícola "Moyopampa" constituida en agosto de 1923 en la que le correspondieron 160 acciones. Estas mismas acciones las vendió después la señora de Espinoza a don Miguel Echenique por escritura de 2 de noviembre de 1925, por la suma de Lp. 26000.0.00.

Como se ve dicha señora enajenó sus derechos a la renta que pagaban las EE. AA. los que por acto de su propia voluntad sufrieron una transformación radical que los hizo desaparecer para involu-

crarse y confundirse en la masa de sus bienes, que según la facción de inventarios consiste casi totalmente en el crédito de Lp. 26000.0.00, a cargo de don Miguel Echenique. Aquella renta no está ya entre los bienes de la señora Espinoza, y no se la puede legalmente considerar subsistente, por que fue tasada en el juicio de partición de los bienes de la sucesión de don Ramón Espinoza, por que el valor o precio de una cosa o derecho no es la cosa o derecho mismo, y si bien el precio ha quedado en el patrimonio de la testadora no por esto puede entenderse subsistente la disposición testamentaria referida, bajo la nueva forma o representación de la renta por que para ello sería necesario una nueva declaración de la testadora.

NO HAY NULIDAD en la sentencia recurrida, que destina la demanda de fojas 4 en la parte que es materia del recurso.

Lima, 9 de mayo de 1930.

ARAUJO ALVAREZ.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, diciembre 24 de 1930.

Vistos; en discordia de votos; por los fundamentos del dictamen del Señor Fiscal; y considerando: que cuando en 1919, testó la señora Michilena de Espinoza, era propietaria del fundo "Moyopam-

pa", y en virtud del contrato celebrado en 1905 con la Empresa Eléctrica "Santa Rosa", ésta se obligó a pagarle durante cien años, en compensación del alquiler de terrenos y otras concesiones de carácter real sobre dicho fundo, una pensión mensual de Lp. 30.0.00, que se aumentaría progresivamente hasta Lp. 60.0.00, y le concedía también el uso gratuito de cuarenta luces eléctricas en su casa de Lima o en donde ella eligiese: que en el testamento referido la señora de Espinoza señaló como mejora en favor de sus nietas las señoritas Espinoza Recavarren, el primero de esos derechos, esto es, el de recibir y cobrar, en su caso, la pensión mensual indicada; de modo que la mejora no consistiría en un capital que pudiera tomarse del dinero de la masa para constituir sobre él, una renta periódica, sino en un bien específico, en un crédito o en una acción determinada: que años después se practicó la división de los bienes de la sociedad conyugal, para lo que se justipreció convencionalmente los derechos específicos citados, cuyo importe se consideró en la compañía anónima "Moyopampa", como aporte suyo y fué en Noviembre de 1925, que libre y espontáneamente, cedió sus derechos en dicha compañía a don Miguel Echénique: que esta enajenación del bien dejado específicamente como mejora, debe entenderse como revocación de esa cláusula de su testamento, a tenor de las claras prescripciones contenidas en los artículos 860 y 861 del Código Civil, porque en virtud de la venta perdió el derecho de cobrar la pensión de las

Empresas Eléctricas, que han sucedido a la de Santa Rosa, acción que sólo puede ejercitar hoy el comprador Echenique, dueño de Moyopampa: que si la viuda de Espinoza hubiese querido mantener en otra forma la mejora, conociendo como declaró conocer las leyes respectivas, pudo estipular en el contrato con Echenique, que parte de los intereses que éste le debía pagar por el precio retenido, se aplicase, a su tiempo, en favor de esas nietas, y no sólo no dijo nada en tal sentido, sino que hizo constar de modo expreso que sólo no entraba en la venta el derecho a las cuarenta luces: y que no es razón para sostener la subsistencia de la mejora consituída además con modalidades especiales de forma y de tiempo, la de que el dinero que representa el precio de ella, está en la masa; porque contra ella se opone el citado art. 861 del Código Civil, que contemplando el caso de que el testador cobre el crédito donado, lo que supone precisamente que su acervo se aumente con el dinero cobrado, estatuye, sin embargo, que esa cobranza importa la revocación de la donación: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. 89, su fecha 25 de Octubre del año anterior, que revocando la de primera instancia de fs. 55 v., su fecha 13 de Octubre de 1928, declara infundada la demanda interpuesta a fs. 4 por doña Trinidad Espinoza de Castagnola, doña María Josefa, doña Narcisa y doña María Espinoza Recavarren; con lo demas que contiene; sin costas; y lo devolvieron.

VALDIVIA.— VILLA GARCÍA.— CARRIÓN.— PORTOCARRERO.

Considerando: que doña Ramona Michilena viuda de Espinoza, por la cláusula séptima de su testamento otorgado en 19 de Noviembre de 1919, dejó para sus nietas Espinoza Recavarren, en concepto de mejoras el derecho a la mitad de la renta o pensión que abonaban las Empresas Eléctricas Asociadas, conforme al contrato de 21 de Noviembre de 1905: que, con arreglo al art. 860 del Código Civil, por la enajenación que haga el testador del todo o parte de una cosa dejada en testamento o en codicilo, se entiende revocada su disposición relativa a la cosa o parte enagenada, a no ser que vuelva a su dominio: que la enagenación del derecho a la renta tuvo lugar en el juicio de partición de bienes, que se promovió de común acuerdo por los interesados para poner término a la indivisión y liquidar la sucesión del causante don Enrique Espinoza: que el producto del remate, como el que se obtuvo por los demás bienes comunes, fué aportado por la viuda de Espinoza, íntegramente como su haber social, a la compañía Agrícola "Moyopampa", formalizada en 27 de Agosto de 1923, cuando terminó el juicio de división y partición: que tampoco dispuso del precio de venta de las 160 acciones extendidas a su favor por el capital aportado, sino que lo entregaba en mutuo al mismo comprador don Miguel Echenique, director gerente de dicha negociación que: este préstamo de dinero por la suma de 26,000 libras, con el interés de 200 libras al mes, que constituía el patrimonio de la testadora, ha subsistido sin modificación alguna desde

su celebración en 2 de noviembre de 1925, hasta el fallecimiento de aquélla en 14 de marzo de 1928: que, por consiguiente, si bien es cierto que la cosa señalada para la mejora se convirtió en capital y salió del dominio de la testadora, no se infiere la voluntad de revocar la mencionada cláusula séptima: que la subasta judicial, como consecuencia necesaria del derecho que tiene el condómino para demandar la partición y que no prescribe por ningún tiempo, no está en la condición de la venta que hace el dueño libremente según el artículo 860 del Código Civil: que los actos posteriores de la testadora, conservando todo el valor de los bienes vendidos, en la mitad que le correspondía, concurren a revelar su propósito de que se cumpla lo dispuesto en el testamento: que en caso de duda sobre la revocatoria tácita debe prevalecer la disposición expresa de última voluntad: que además, subsistiendo la mejora que se hace sobre cierta porción de la herencia, aunque el testador disponga de parte de sus bienes, no existe razón para invalidar la que se constituye en caso determinado, cuya transferencia de dominio por causa de indivisión, no es la enajenación que manifiesta la voluntad de revocar: que en este sentido, teniendo en cuenta la naturaleza del acto practicado, debe entenderse la citada disposición del Código Civil: que, en consecuencia, no ha sido necesaria nueva declaración ratificando la que contiene el testamento: y que la escritura de adjudicación a que se refiere la boleta de fojas 74, está otorgada por los dueños de

los bienes a la sociedad "Moyopampa", en virtud de lo resuelto a fojas 248 del expediente acompañado. Por estas razones: **nuestro voto** es por la nulidad de la sentencia de vista de fojas 89, su fecha 25 de octubre de 1929, y por la confirmación de la de primera instancia de fs. 55 vuelta, su fecha 3 de octubre de 1928, que manda considerar en la legítima de los demandantes Espinoza Recavarren, la suma de 2,922 libras 466 milésimas, como mitad del precio de la subasta de la renta en dinero que pagaban las Empresas Eléctricas y sobre la cual estableció la mejora doña Ramona viuda de Espinoza, con lo demás que dicho fallo contiene; sin costas.

QUIROGA.— SANTA GADEA.

Se publicó conforme a ley.

Agustín M. Escudero, Secretario.

Cuaderno N°. 1233.—Año 1929.