

No habiéndose terminado la facción de un testamento en escritura pública, procede la declaración del intestado del otorgante.

Recurso de nulidad interpuesto por doña Rosa Aulestia, en la causa que sigue con doña Josefa Frías y otros, sobre intestado.— Procede de Lima.

Excmo. Señor:

Doña Dolores Frías viuda de Pedreros, otorgó el 13 de febrero de 1911 el testamento en escritura pública, que en copia certificada corre á fojas 27 y falleció horas después. Su hermana y sus sobrinas, han solicitado que se la declare intestada; pero á ello se opone la heredera instituída en el testamento. En ambas instancias se ha desechado la oposición, por carecer la escritura del testamento de requisitos legales esenciales, mandándose continuar el juicio según su estado.

El Fiscal estima que tal resolución no está arreglada á ley.

En la demanda de fojas 2, no se dice que la Frías no ha otorgado testamento, sino que no ha hecho testamento en forma. Los testigos de fojas 23 á 24 vuelta, hacen también referencia al testamento de fojas 27. Aquélla no ha muerto, pues intestada. Luego la oposición es fundada.

Ahora, si ese testamento es ó nó válido, y si tal como está, puede no tenerse por concluído, es cuestión que debe debatirse en juicio ordinario. En él, además, podrá también discutirse si, no siendo

válido ese testamento como escritura pública, puede reputarse como verbal, desde que fueron cinco los testigos que oyeron á la testadora declarar su última voluntad (artículos 663 y 666 del Código Civil).

Pero, mientras tanto, constando que hay testamento y heredero instituido, no es posible continuar el expediente de intestado. No siendo manifiesto ni estando debidamente calificado el vicio externo del testamento, debe procederse como dispone el artículo 1312 del Código de Enjuiciamientos Civil, á saber, dar posesión al heredero instituido, dejando á los demandantes su derecho á salvo para el juicio ordinario.

Hay nulidad, por tanto, en el auto confirmatorio, que V. E. puede servirse reformar, revocando el apelado y mandar se proceda con arreglo al citado artículo 1312; salvo mejor parecer.

Lima, 28 de febrero de 1912.

LAVALLE.

Lima, 28 de marzo de 1912.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal: declararon no haber nulidad en el auto de vista de fojas 49, su fecha 23 de octubre último, que confirma el de primera instancia, de fojas 38, su fecha 2 de setiembre del año próximo pasado, por el que se declara sin lugar la oposición deducida á fojas 8 por doña Rosa Aulestia y se manda que el juicio sobre intestado de doña Dolores Frías viuda de Pedreros, continúe según su estado; condena-

ron en las costas del recurso y en la multa de dieciséis libras peruanas á la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Eguigúren—Elmore—Ribeyro—Barreto—Alzamora.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.

Cuaderno No. 785.—Año 1911.

En los juicios sobre posesión de un inmueble, el dueño de éste puede en cualquier momento apersonarse en la causa, aun cuando no hubiera sido citado.

Recurso de nulidad interpuesto por don Gerónimo Sesarego en la causa que sigue con don Aníbal José García, sobre posesión de una capellanía.—De Lima.

Excmo. Señor:

Siendo Sesarego dueño de la finca situada en esta Capital en el ángulo formado por las calles de Zamudio y General, García tomó en arrendamiento uno de sus departamentos en setiembre de 1910.

En 24 de marzo de 1911, el mismo García obtuvo que el Comendador del Convento de la Merced nombrara á su hijo capellán de una capellanía, que se dice fundada en 1747 por Fray Juan de la Puente y Rojas, de la misma orden mercedaria, en la finca perteneciente á Sesarego. Con este título y la