

mate el fundo embargado, observándose las prescripciones de ley; y los devolvieron.

*Ribeyro. — Muñoz. — Arenas. — Sánchez. — Chacaltana. — Loayza. — Guzmán.*

Se publicó conforme á ley, de que certifico.

*Juan E. Lama.*

Procede de Lima. — Cuaderno Núm. 490.

El tenedor de un testamento cerrado tiene personería legal para intervenir en el juicio que con motivo de su apertura se siguiere.

*Recurso de nulidad interpuesto por don Juan Francisco Oviedo en la causa que sigue con don José María Peña sobre apertura de un testamento.*

Excmo. Señor:

Habiendo don José María Costas instituído por sus herederos á sus hermanos, don Manuel y doña Manuela, al primero con derecho al sesenta por ciento de la herencia, y á la segunda con derecho al cuarenta por ciento restante, en el testamento que otorgó en París, el año de 1869, y que se protocolizó, en esta ciudad, el año de 1879, debió citarse, para la apertura del testamento que se dice otorgado en 1877, á esos herederos, don Manuel

y doña Manuela Costas, en cumplimiento del artículo 1248 del Código de Enjuiciamientos. Sólo se citó á don José María Peña, como esposo de doña Manuela Costas.

El escribano y los testigos han debido estar reunidos *todos en un solo acto*, para cumplir los artículos 1249 y 1253; sin embargo, aparece que, si bien todos ellos declararon en un mismo día, no lo hicieron en un solo acto, como lo comprueban las diligencias de fojas 8 á fojas 14 en las cuales se dice que «el 6 de diciembre de 1877 compareció el testigo don Juan Francisco Oviedo; en seguida compareció el escribano don Mariano García Calderón; luego compareció el testigo don Benigno Luis Fernández; acto continuo, compareció el testigo don Rosendo A. Zevallos; inmediatamente compareció el testigo don Manuel San Román; luego compareció el testigo don Manuel González; é inmediatamente compareció el testigo don José María Nieves». Palabras textuales.

Y en verdad que, sólo admitiendo que los testigos han declarado en actos diversos, aunque sucesivos, se explica que González haya dicho que «sólo hubo cinco testigos excluído él, no siendo ninguno de aquellos don José María Nieves á quien reparó más tarde, «y que Nieves haya declarado que cuando fué adonde el señor Costas, sólo encontró allí á tres testigos, don Juan Francisco Oviedo, don Manuel San Román y don Rosendo Zevallos». De donde se deduce que Nieves concurrió antes que González; pero que éste no lo vió sin embar-

go de que en el cuarto del testador había ya seis testigos, incluso el mismo González.

El artículo 1273 no dispone, como lo ha hecho el Juez en su auto de fojas 14, que se suspenda *la apertura* del testamento, sino la *publicación*, es decir la protocolización, acto distinto de la apertura, y que puede y debe seguir, ó no, á ésta.

Después de recibida la declaración del escribano y testigos, el Juez abre el testamento, y lo lee para sí solo; si hay en él algo que deba reservarse, lo lee después ante el escribano y los testigos, y en este acto principia ya la publicación del testamento; y si no hay nada que reservar, lo lee en *público*, es decir á presencia del escribano, de los testigos y de las demás personas que se encuentren en el Juzgado. En este acto hay mayor publicidad que en el anterior. La publicidad llega á su mayor grado legal, cuando el testamento se protocoliza, pues entonces puede ser conocido de cuantos quieran leerlo. A esta publicidad, ó publicación, se refiere el artículo 1273; y si no á ella, á la lectura del testamento ante el escribano, testigos y *público*; y si no á ésta, á la lectura ante solo el escribano y los testigos. Pero cualesquiera que sean las personas que oigan leer el testamento, sin que éste sea abierto, no puede haber lectura.

Resulta de lo dicho que el Juez ha debido expedir el auto de fojas 14 después de la apertura del testamento, si en su concepto los testigos testamentarios no estuvieron acordes en cuanto á los requisitos esenciales del testamento cerrado.

Además habiendo necesidad de seguir juicio ordinario sobre la validez de dicho testamento, deben intervenir en él todas las personas que se crean con derecho á los bienes de que haya dispuesto el testador, según lo declara el artículo 1245 del Código de Enjuiciamientos, que autoriza á cada interesado en el testamento, para intervenir en el juicio, hasta que se declare que el pliego presentado contiene, ó no la voluntad del testador.

En el presente caso, es tanto más importante la apertura del testamento de don José María Costas, cuanto que: 1.º no está ejecutoriado que haya en él nulidades visibles, como se dice á fojas 64 vuelta: 2.º que del testamento de fojas 57 resulta que el finado Costas no dejó herederos forzosos; y 3.º que debe presumirse que en los siete años transcurridos desde 1869 hasta 1876, ha ocurrido alguna variación en la voluntad del testador, cuando en los pocos días que pasaron desde la facción de la memoria testamentaria hasta la ejecución de las solemnidades externas prescritas para el testamento cerrado, ocurrió al testador el deseo de que se escribieran una ó dos cláusulas en la cubierta.

De todo lo expuesto concluye el Fiscal que, ejercitando V. E. la facultad que le confiere el artículo 1749 del Código de Enjuiciamientos, puede declarar nulo todo lo hecho y actuado, y reponer la causa al estado de hacer saber á los herederos declarados de don Manuel Costas el auto de fojas 1, previniendo al Juez que, si á su juicio, las declaraciones del escribano y testigos testamentarios, reunidos en un solo acto, no están conformes en los

hechos especificados en el artículo 1249 del citado Código, abra sin embargo el pliego, y cumpla en seguida con el artículo 1273.

En estos términos puede V.E. resolver el recurso, salvo más ilustrado acuerdo.

Lima, á 10 de marzo de 1886.

PASAPERA.

*Lima, agosto 11 de 1886.*

Vistos en discordia, con los votos por escrito de los señores Galindo, Luna y Rebaza que se agregarán y con lo expuesto por el señor Fiscal; por los fundamentos del auto de primera instancia de fojas 92, que se reproducen, declararon haber nulidad en el de vista de fojas 99, su fecha 15 de enero próximo pasado; reformándolo confirmaron el primeramente citado, su fecha 19 de noviembre anterior, por el que se declara infundada la excepción deducida por parte de don José María Peña y que don Juan Francisco Oviedo tiene personería para intervenir en este juicio; y los devolvieron.

*Muñoz. — Arenas. — Sánchez. — Alvarez. — Guzmán.*

Se publicó conforme á ley, siendo el voto del señor Sánchez por la no nulidad, de que certifico.

*Juan E. Lama.*

El voto del que suscribe es por la nulidad del auto de vista, y porque, reformándose, se confirme el

de primera instancia de fojas 92 por el que se declara sin lugar é infundada la excepción de personería deducida por el apoderado de don José María Peña, en mérito de los fundamentos en que se apoya el citado auto de primera instancia.

Lima, julio 20 de 1886.

GALINDO.

Excmo. Señor:

En el recurso de nulidad interpuesto por el señor don Juan Francisco Oviedo en el juicio con el señor don José María Peña, sobre apertura del testamento que otorgó en Yura el finado señor don José María Costas, el voto del que suscribe es el siguiente:

Vistos: — de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen; y teniendo en consideración además: — que no debe permitirse que subsistan y produzcan efectos, las ilegalidades con que el Juez de primera instancia de Arequipa, expidió el auto de fojas 14, por el que se suspende el acto de la apertura del testamento cerrado que otorgó en Yura, en noviembre de 1877, el señor don José María Costas: — que el hecho de haberse mandado protocolizar en esta capital, en 1879, el primero de los testamentos que otorgó en París el citado señor Costas, pendiente aun la apertura del último, dá á los hechos, materia del juicio, una gravedad extraordinaria y que obliga á fijar, con el mayor escrúpulo, la atención del Supremo Tribunal; — y que, el respeto debido á las leyes, la protección

al buen derecho, el honor de las personas interesadas en el presente juicio, las rentas fiscales, y acaso aun las de Beneficencia, están igualmente interesadas en que se conozca la última voluntad de dicho señor Costas, abriéndose al efecto el testamento otorgado en Yura; para que, en caso de inconvenientes legales que se opongan á su inmediata protocolización, pueda seguirse el respectivo juicio ordinario entre los interesados: — declararon nulo é insubsistente todo lo hecho y actuado, y repusieron la causa al estado de hacerse saber á los herederos del finado señor Manuel Costas el auto de fojas 1: con prevención al Juez de la causa para que, si á su juicio, las declaraciones del escribano y testigos, reunidos en un solo acto no estuviesen conformes en los hechos especificados en el artículo 1249 del Código de Enjuiciamientos Civil, abra sin embargo el pliego cerrado y cumpla en seguida con el artículo 1253 del mismo Código; y los devolvieron.

Lima, julio 7 de 1886.

LUNA.

---

*Lima, julio 3 de 1886.*

Vistos: con lo expuesto por el señor Fiscal, y teniendo en consideración: que son actos enteramente distintos, la comprobación de un testamento en escritura cerrada, publicación de él, reducción á escritura pública, declarando que es la última disposición del testador: artículos 671 Código Civil, 1245

y 1247 Código de Enjuiciamientos, que para la comprobación, no hay necesidad de citar á todos los interesados, bastando, que se haga al cónyuge sobreviviente (cuando lo hubiere), ó á uno de los parientes más inmediatos del difunto, citación que se ha verificado con don José María Peña, esposo de doña Manuela Costas, hermana del testador: que si bien el artículo 1249 del Código de Enjuiciamientos, ordena que reunidos el escribano y testigos reconociendo el pliego, sean examinados por el Juez, en un solo acto, no induce nulidad el que lo hayan sido en diversos, pero continuos, como aparece de todo lo actuado, pues conservándose cerrado el pliego, firmado por los testigos, y autorización del Escribano: siempre se llena el fin legal de la comprobación: que no habiendo el Juez encontrado la conformidad en los testigos que exige el artículo 1299 Código de Enjuiciamientos, no por esto ha debido dejar de abrir el pliego; pues lo que le estaba vedado, era mandar que se reduzca á escritura pública, declarándolo como la última disposición del testador: que no debe pasar desapercibida la circunstancia, referida por el Escribano y testigos, que el testador mandó poner en la cubierta del pliego, *dos* cláusulas; pues un mismo testamento, puede ser en parte cerrado y en parte abierto, como lo prescribe el artículo 654 del Código Civil; siempre que se llenen las formalidades de la ley: que abierto el pliego, se conocerán cuáles son los herederos instituidos, los legatarios y demás interesados en sostener la validez del testamento, todos los que deben ser citados: que mientras no quede ejecutoriado que el testamento cerrado de

1876 (sujeto á comprobación), es nulo, no puede sostenerse, la validez del testamento anterior de 1869, otorgado en París y que se ha protocolizado en esta capital.

Por tales fundamentos: mi voto es: que se declare insubsistente el auto de vista de fojas 99, su fecha 15 de enero del presente año, y revocando el de primera instancia de fojas 14, de fecha 6 de diciembre de 1877, se reponga la causa al estado de fojas 13 para que abra el juez el pliego, y pronuncie el auto que corresponde, mandando citar con él, á todos los que tengan interés directo en sostener la validez del testamento, para que usen de sus derechos conforme al artículo 1273 del Código de Enjuiciamiento y los devolvieron.

Lima, julio 3 de 1886.

*Nicolás Rebaza.*

---

AUTO DE PRIMERA INSTANCIA

*Arequipa, noviembre 19 de 1885.*

Vistos; y atendiendo: á que con arreglo á los artículos 1244 y 1260 del Código de Enjuiciamientos Civiles el que tiene en su poder un testamento cerrado otorgado por otro, está obligado á presentarlo al juez de primera instancia para que proceda á su apertura, siendo responsable al pago de los daños y perjuicios; es claro que tal tenedor es el personero legal á cuya solicitud deben practicarse todas las diligencias concernientes á la apertura y publicación

del testamento: que por lo mismo, y una vez que el señor don Juan Francisco Oviedo, cumpliendo con aquella obligación, presentó el testamento á que se refiere en su recurso de fojas 1, y á su solicitud se han practicado las diligencias que se registran hasta fojas 14, en que se suspendió la apertura; es á él á quien compete intervenir, como el verdadero personero legal, en la prosecución del juicio ordinario consiguiente á la suspensión de la apertura hasta que el testamento sea reconocido por verdadero, ó al contrario; y que la excepción de personería solo tiene lugar en los casos designados por los artículos 623 y 624 del Código citado, lo que no ocurre al presente. Se resuelve: declárase sin lugar é infundada la excepción deducida á fojas 52 por el apoderado del señor don José María Peña: y por lo mismo que el dicho señor Oviedo la tiene bastante para intervenir en este juicio.

Hágase saber — *Herrera.*

Ante mí — *Agustín Chávez.*

Procede de Arequipa. — Cuaderno Núm. 504.

---