

Se publicó conforme a ley siendo el voto del señor Elmore por la nulidad del fallo, en la parte que ordena la reposición de la pared ruinoso, que ha sido demolida, a su estado anterior; debiendo la reconstrucción de ella ser pagada por ambos colindantes, conforme al artículo 1139 del C. C., de que certifico.

Luis Delucchi.

Causa N° 805. — Año 1893.

Las cuestiones relativas a la forma de hacer la partición no se resuelven como artículo previo.

Recurso de nulidad interpuesto por don Luis y don Gerardo Paredes, en la causa que siguen con don Hilario Velásquez, sobre partición de bienes.—Procede de Arequipa.

DICTAMEN FISCAL.

Excmo. Señor:

Por el auto de vista de fojas 53, la Il^{ta}. Corte Superior del Departamento de Arequipa, revocando el apelado de fojas 35, en que se había declarado que los peritos debían dividir los bienes dejados por doña Ursula Carpio en cuatro partes iguales, una para doña Marcelina del Carpio y las otras tres dividir las respectivamente entre los hijos de cada uno de los hermanos premuertos: don

Marcelino, doña María y doña Manuela del Carpio, ha resuelto que la partición de los bienes dejados por doña Ursula Carpio de Delgado, debe hacerse por cabeza entre todos los llamados por la testadora, debiendo procederse en este sentido por los peritos partidores.

Muy grave es la resolución indicada expedida en esta interesante cuestión y que por ahora comprende dos puntos, uno de forma y otro de fondo que debe merecer cada uno la atención ilustrada de V.E.

Según consta del testimonio corriente a fojas 18, doña Ursula Carpio de Delgado hizo en su testamento la siguiente institución de herederos: "Instituyo por mi heredero sólo por mientras sus días a mi esposo don Mariano J. Delgado; y después de su fallecimiento pasarán mis bienes propios y gananciales que tengo a mi hermana Marcelina del Carpio y a mis sobrinas Manuela, Isabel, Serafina Ojeda, y por mi sobrino Manuel S. Ojeda, que murió, a los hijos de éste, puesto que todos son representantes de mi hermana María: (nótese bien estas palabras) a los hijos de Marcelino mi hermano que son, Pablo, Mariano, Miguel, Adelaida y Carlos del Carpio; y por ellos a sus representantes si es que ha muerto alguno de aquellos, a los hijos de mi hermana Manuela, llamados Luis y Gerardo Paredes, para que con la bendición de Dios gocen de lo que les dejo".

A vista del tenor literal de este testamento y cualquiera que sea la interpretación que quiera dársele, resulta que todas las personas nombradas, ya sea por cabeza o en representación de sus madres, eran y son incuestionablemente herederos, que tienen derecho a gozar, poseer y partirse los bienes dejados por la testadora en la proporción que a cada uno legítimamente le corresponde.

De modo, que al pedirse e intentarse la partición por una parte de los interesados, todos convinieron en que fuera hecha, y el juez por el auto resolutivo de fojas 14, vuelta, así lo resolvió; porque en nada de eso estaba el nucleo ni el nudo de la dificultad.

Este consistía en saber y decidir si en esa herencia deben entrar todas las personas llamadas, considerando a cada uno con parte igual, o si interpretando y aplicando ciertas palabras de la cláusula de institución de heredero debía decidirse que todos los sobrinos a quienes ésta había instituído como tales herederos, no entraban en la herencia por derecho propio, sino cada grupo de sobrinos en representación de su respectiva madre, hermana de la testadora: en una palabra que los sobrinos en este caso no heredaban por cabeza sino por stirpe, en representación de la madre o padre premuerto.

Este era el mismo caso que la ley establece en el intestado para que al heredar a un hermano entren también en la herencia los hijos dejados por el hermano premuerto, en representación de éste.

Daba lugar a esta cuestión no sólo la similitud con el caso de intestado últimamente referido, sino los términos de la cláusula de fojas 18 vuelta, en que la testadora dice: "A mis sobrinas Manuela, Isabel, Serafina Ojeda, y por mi sobrino Manuel S. Ojeda, que murió, a los hijos de éste; pues todos son representantes de mi hermana María."

Estos términos pueden o podrían hacer creer que la testadora no llamaba a la herencia a sus sobrinos, sino en representación de la hermana muerta; en cuyo caso, aquéllos no heredaban sino la porción que a ésta habría correspondido.

La interpretación de esta cláusula se hacía más difícil, si prescindíéndose de esa primera parte, se examinan las tras dos que la componen.

En estas se habla de que sean herederos los hijos de Marcelino, hermano de la testadora, y por ellos sus representantes si es que alguno había muerto, sin expresarse o indicarse siquiera si ese hermano Marcelino era también premuerto.

Lo mismo sucede con la última parte en que se llama a la herencia a los hijos de la hermana Manuela Carpio, sin referir si ésta vivía o había muerto.

La circunstancia de la existencia de esas hermanas al tiempo en que el testador otorgó su testamento, podía servir para aclarar el sentido de sus palabras y cuál fué la mente que tuvo el hacer semejante institución.

Faltando ese dato y otros que pueden concurrir a adquirir ese conocimiento, ha sucedido que el juez de 1ª instancia en el auto de fojas 35, ha interpretado en un sentido la cláusula testamentaria y que la Ilma. Corte Superior, por los mismos fundamentos la ha interpretado en un sentido diametralmente opuesto.

Estas resoluciones han sido expedidas considerando la cuestión como un artículo o incidente de puro derecho, ventilado con el traslado que de la solicitud de una de las partes se corrió a las demás.

Pero la cuestión no sólo está erizada de dificultades para hacer la interpretación correcta de la cláusula citada, sino que de ella se juzga, se resuelve y se decide sobre un derecho de propiedad sobre la porción que corresponda según el testamento a cada uno de los herederos y si éstos lo son por una cuarta parte o por vi-

gésima o trigésima, según el modo y sentido en que sea interpretada la cláusula referida.

Y una cuestión semejante, aunque surja en un juicio de partición en que concurren todos los interesados, porque ciertamente todos tienen algo que heredar; y aunque sea de puro derecho, no puede juzgarse ni decidirse sino en un juicio de discusión lata, esto es en un juicio ordinario, expidiéndose la decisión por sentencia definitiva.

Las cuestiones de puro derecho pueden ser apreciadas por el que tiene conocimiento de legislación y la razón que la naturaleza le ha dado con sólo la enunciaci3n de los términos de aquélla.

Sin embargo, la ley las somete al juicio ordinario: a la discusión serena y elevada, porque de ella debe resultar la verdad: an para la expresi3n de ésta, en esa forma protectora de la justicia.

Fundado, pues en estas consideraciones, el Fiscal de V.E. ante el rigor y gravedad del caso que se juzga, se abstiene de entrar en el fondo de la cuesti3n de interpretaci3n de la cláusula citada, por que cree y opina que, ante todo, debe declararse la insubsistencia de las resoluciones de 1ª instancia y revocatoria, mandándose que la cuesti3n se sustancie y resuelva por los trámites de la vía ordinaria.

Si V.E. en su elevado criterio estima fundadas estas consideraciones, puede resolver el recurso de nulidad pendiente en los términos indicados.

Otro sí dice el Fiscal: que a su pedido y con el fin de evitar la corruptela introducida en los juzgados de Arequipa de tomar raz3n de los poderes y no verificar la devoluci3n de los testimonios de éstos, dejando en

autos la respectiva copia certificada, V.E. hizo a la Corte de Arequipa las respectivas prevenciones. A pesar de ellas, se nota en esta causa, a fojas 10, vuelta, fojas 11 y fojas 16 vuelta, que se ha vuelto a tomar razón de los poderes y no a poner la correspondiente copia certificada.

Dígnese, pues, V. E. reiterar las prevenciones aludidas a dicha Corte para que en el particular cumpla las prescripciones de la ley.

Lima, marzo 3 de 1894.

Aranibar.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, mayo 1º de 1894.

Vistos: de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal, y considerando: Que interpuesta la acción de partición y aceptada por todos los interesados, ha debido procederse a ella con sujeción a los artículos 1059 y siguientes del C. de E.; y que la cuestión sobre la inteligencia que ha de darse al título con que se ha deducido dicha acción no puede resolverse como incidencia promovida por uno de los copartícipes, interrumpiéndose el juicio pendiente; declararon nulo el auto de vista de fojas 53, su fecha 31 de octubre último, e insubsistente el de primera instancia de

fojas 35, su fecha 6 de setiembre próximo pasado; mandaron que continúe el juicio de partición en la forma prevenida por las leyes; y los devolvieron.

Loaysa. — Sánchez. — Vélez. — Corso. — Elmore.

Se publicó conforme a ley, de que certifico.

Luis Deluchi.

Causa N° 843. — Año 1893.

Es nulo el contrato de mutuo celebrado por la abadesa de un Monasterio, sin la observancia de las formalidades legales.

Recurso de nulidad interpuesto por doña María Rupertha Ingunza, y el Monasterio de las Mercedarias, en la causa seguida sobre nulidad de un contrato.—Procede de Lima.

DICTAMEN FISCAL

EXCERPO. Señor:

Según consta del testimonio corriente a fojas 51, en el testamento que en 1812 otorgó don Juan Romero,