

La tacha de nulidad á la partición que ha sido aprobada judicialmente no da derecho al opositor para obtener la posesión proindiviso, ni impide que se ministre á los interesados la que corresponda conforme á dicha partición.

Inicio seguido por doña Adela Ibársena viuda de Perea con doña Carmen y doña Tomasa Perea y Portugal, sobre misión en posesión.—Procede de Arequipa.

VOTO PARTICULAR DE LOS SEÑORES POLAR Y MONTAYA,
QUE SIRVE DE FUNDAMENTO Á LA RESOLUCIÓN SUPREMA.

Considerando: que la partición extrajudicial fué aprobada judicialmente, previos los trámites legales; que estos actuados constituyen un instrumento auténtico conforme á ley; y que existiendo ellos, no puede darse la misión en posesión sino conforme á dicho instrumento; revocaron el apelado: mandaron se dé la posesión conforme á la partición aprobada, sin perjuicio del derecho de las partes para argüir la nulidad como les convenga.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

Doña Adela Ibársena viuda de Perea ha pedido á nombre de sus menores hijos, que lo eran del finado don Mariano Perea, la misión en posesión proindiviso de los bienes de la testamentaria de doña Agustina Portugal viuda de Perea y

las otras herederas de esta señora, sus hijas doña Tomasa y doña Cármén Perea, hermanas de don Mariano, han convenido en que se ministre la posesión respecto de unos bienes; pero se han opuesto, respecto de otros, alegando que les pertenecen de una manera exclusiva, á mérito de arreglos de familia hechos con aprobación judicial. Esa oposición que obra á fojas 37, ha sido contestada por la señora Ibársena, sosteniendo que esos arreglos en que fundan sus cuñadas su oposición están sujetos á una controversia judicial, por haber pedido ella, su anulación quedando expedita siempre la acción de sus menores hijos, para tomar posesión indivisa de la parte de los bienes que corresponden á su padre en la testamentaría de su abuela doña Agustina Portugal y el juez ha declarado por el auto de fojas 64, que es infundada la oposición, y que debe llevarse á efecto la misión en posesión. El Superior, en discordia de votos, ha confirmado ese auto, por el de vista de fojas 89, en que manda ministrar la posesión corriéndose traslado en la vía ordinaria de dicha oposición conforme á lo dispuesto en el artículo 1352 del Código de Enjuiciamientos Civil.

En concepto del Fiscal, está arreglado á la ley el auto de vista; porque correspondiendo á los menores hijos de don Mariano Perea, tomar posesión de los bienes en que tenía opción su padre como heredero de doña Agustina Portugal, no hay razón, para excluir de esa diligencia á aquellos bienes inventariados, como de la madre común mientras no se resuelva en vía ordinaria, que pertenecen de una manera exclusiva á alguno de los copartícipes y estando en litigio los arreglos en que se apoya la oposición de las señoritas Perea, puede concluirse que mientras ese juicio no termine debe ministrarse la pose-

sión indivisa ventilándose en la vía ordinaria la acción de las señoritas Perea como lo ha resuelto el Juez y lo ha confirmado el Superior, pudiendo declarar VE. que no hay nulidad en el auto de vista que motiva el recurso, salvo mejor acuerdo.

Lima, 13 de agosto de 1907.

GÁLVEZ.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, setiembre 10 de 1907.

Vistos: en discordia, con lo expuesto por el señor Fiscal y por los fundamentos del voto discordante de los señores Vocales Polar y Montoya, declararon haber nulidad, en la resolución de vista de fojas 89, su fecha 9 de enero del presente año, confirmatoria de la de primera instancia de fojas 63 vuelta, su fecha 7 de agosto del año anterior, que declara sin lugar la oposición de fojas 33 y manda dar á doña Adela Ibársena viuda de Perea, en representación de sus menores hijos la posesión solicitada; reformando aquella y revocando ésta; mandaron se dé la posesión conforme á la partición aprobada judicialmente, sin perjuicio del derecho de las partes, para argüir la nulidad como les convenga; y los devolvieron.

Elmore. — Ribeyro. — Villarán. — León. — Eguiguren. — Figueroa. — Villanueva.

Se publicó conforme á ley, siendo el voto de los señores León y Eguiguren por la no nulidad, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: de que certifico.

César de Cárdenas,