fundada la demanda de fojas 1 interpuesta por don Francisco Picasso, para que se declare ineficaz respecto de él, la escritura simple de arrendamiento de que se ha hecho mérito; y los devolvieron.

Elmore. — Ribeyro. — Eguiguren. — Figueroa. — Villanueva.

Se publicó conforme á ley.

César de Cardenas.

Cuaderno N.º 391.—Año de 1907.

Para la división y partición de los bienes de la sociedad conyugal es indispensable ó acreditar el feneamiento de dicha sociedad, ó que se haya resuelto, por sentencia ejecutoriada, que hay lugar á la separación de bienes.

Juicio seguido por don José Benigno Chocano con su esposa doña María Alcázar de Chocano, sobre partición de bienes.—De Moquegua.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Vistos; teniendo en consideración:

1.º—Que don José Benigno Chocano interpuso á fojas primera, demanda de partición ó separación de gananciales contra su esposa doña María Alcázar, fundando su acción en el artículo 2143 del Código Civil, que faculta al heredado para dejar hecha la partición de sus bienes, por testamento, sin otra limitación que la de

hacer después entre los herederos las rectificaciones exigidas por ley;

2.º—Que hecha oposición por la demandada, conforme al artículo 1092 del Código de Enjuiciamientos Civil, alegando no estar cumplido el requisito esencial de cesación de la sociedad conyugal de que depende la partición de dichos gananciales, se mandó seguir la causa en vía ordinaria, por auto de fojas 8 vuelta, para resolverse, si debe hacerse ó no la partición.

3.º—Que contestada la demanda á fojas 11 negó la demandada la acción interpuesta por su esposo, por razón de extemporánea; y absueltos los traslados de réplica y dúplica, fojas 14 y 16, se pidió “autos para sentencia” por ser la causa de puro derecho.

4.º—Que según los artículos 955, 956, 978 y 215, del Código Civil, y 1084, 1086, 1087 y 1088 Enjuiciamientos Civil, el matrimonio es una sociedad legal, en cuanto á los bienes propios y comunes de los cónyuges, á la cual éstos no pueden renunciar convencionalmente, sino en virtud de sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio ó el divorcio, la malversación de los bienes por parte del marido ó la condena-ción de alguno de los cónyuges á la mayor pena de presidio ó destierro que nuestras leyes imponen; pues aún cuando el artículo 1347, parte segunda del Código Civil, se pone en el caso de una separación judicial ó convencional de bienes entre los casados, esto sólo debe entenderse cuando preexista la sentencia que pone fin á la sociedad legal, circunstancia que no se llena en el presente juicio.

5.º—Que según las disposiciones legales anotadas, mientras subsista la sociedad matrimonial, los cónyuges están obligados á poseer y disfrutar en común los bienes de esta sociedad,

y por lo mismo no pueden ejercitar la acción de división y partición que concede el artículo 1057 del Código de Enjuiciamientos Civil.

6.º—Que contra esta regla absoluta, no puede hacerse prevalecer lo dispuesto por el artículo 2143 en que se apoya la demanda; porque la facultad del testador para dejar hecha en testamento la partición y asignación de sus bienes, no puede referirse sino al caso de que los posea y le pertenezcan libre y separadamente, y no al de que los posea en común ó proindiviso, pues entonces, toda transferencia ó enagenación de éstos, sea testamentaria ó intervivos, no puede efectuarse, sino con la indeterminación prefijada en los artículos 2131 y 2132 del Código Civil.

Por estos fundamentos: Fallo administrando justicia á nombre de la nación: que no ha lugar á la partición de los gananciales demandada por don José Benigno Chocano contra su esposa doña María Alcázar de Chocano, por no haberse acompañado á la demanda el comprobante de haber fenecido la sociedad legal, que es el requisito previo exigido por la ley, para proceder á dicha partición.—Así lo pronuncio, mando y firmo, haciendo audiencia pública en la sala de mi despacho en Moquegua á 12 de junio de 1906.

Conjuez de primera instancia:—J. ENRIQUE ANGULO.

Actuario:—*Francisco A. Hurtado.*

SENTENCIA DE VISTA

Arequipa, marzo 27 de 1907.

Vistos: por los mismos fundamentos de la sentencia, y teniendo además en consideración, que ambos interesados convinieron en que la causa se siguiera por la vía ordinaria y se fallara como de puro derecho; confirmaron dicha sentencia, corriente á fojas 20, su fecha 12 de junio de 1906, que declara que no ha lugar á la partición de gananciales demandados por don José Benigno Chocano contra su esposa doña María Alcázar de Chocano, por no haberse acompañado á la demandada el comprobante de haber fenecido la sociedad conyugal que es requisito previo exigido por la ley para proceder á dicha partición; y los devolvieron.

Calle.—Soto.—Delgado.

Certifico su expedición legal.

J. Miguel de La Rosa.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

Don José Benigno Chocano ha pedido que se haga la repartición de los bienes de la sociedad matrimonial con su esposa doña María Alcázar de Chocano á fin de poder disponer libremente, por testamento, de los gananciales

que les corresponda, y habiéndose opuesto su esposa alegando que la liquidación de la sociedad conyugal sólo se efectúa por el fallecimiento de uno de los cónyuges, ó por la disolución de la sociedad, y que no ocurriendo ninguno de estos casos no procede la acción de su marido; se ha sustanciado la causa por la vía ordinaria y como de puro derecho, declarando el juez de Moquegua en la sentencia de fojas 20 que es infundada la demanda, porque estando subsistente la sociedad matrimonial no procede la liquidación de los gananciales para distribuirlos entre los esposos. El Superior ha confirmado esa sentencia por la de fojas 36 y el Fiscal es de parecer que está arreglada á la ley esa resolución de vista, porque la sociedad matrimonial que es de carácter general produce sus efectos mientras subsiste, y como el relativo á la comunidad de bienes es irrenunciable y los cónyuges no pueden pedir á título de gananciales que se tasen los bienes, para disponer de la mitad, imponiendo á su cónyuge esa liquidación contra su voluntad y no se puede tomar en consideración el incidente relativo al expediente sobre mesada alimenticia de que se hace referencia á fojas 18, porque él no importa el juicio de divorcio que es el que habría dado fundamento legal á la petición del Sr. Chocano, es de parecer el Fiscal que puede VE. declarar que no hay nulidad en la resolución de vista que motiva el recurso extraordinario, salvo mejor acuerdo.

Lima, 21 de octubre de 1907.

GÁLVEZ.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, noviembre 2 de 1907.

Vistos: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; declararon no haber nulidad en la sentencia de vista de fojas 36, su fecha 27 de marzo último, confirmatoria de la de primera instancia de fojas 19, su fecha 12 de junio del año próximo pasado, por la que se declara sin lugar la partición de gananciales demandada por don José Benigno Chocano contra su esposa doña María Alcázar de Chocano, condenaron en las costas del recurso á la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

*Elmore.—Ribeyro.—Eguiguren.—Figueró a
—Villanueva.*

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.