

**PROCEDE LA DIVISION Y PARTICION DE LOS BIENES  
FINCADOS AL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR, SI ESTE  
EN SU TESTAMENTO NO HA PRACTICADO LA DISTRIBU-  
CION CON ARREGLO A LEY.**

**DICTAMEN FISCAL**

Exp. N° 973/52.—Procede de Lima.

Señor:

En el presente juicio seguido por don Manuel Febres Cavero con doña Elena Medina H. viuda de Febres Odriozola y otra, sobre división y partición, por auto de fs. 166 se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por el actor, contra la sentencia de fs. 160 que confirmando la de Primera Instancia de fs. 141 declara sin lugar en todos sus extremos la demanda de fojas una, sin costas.

Don Manuel Febres Cavero a fojas una entabla demanda de división y partición contra doña Elena Medina H. viuda de Febres Odriozola y doña María Orué; fundándose en que el padre del actor instituyó como herederos testamentarios a su cónyuge doña Elena Medina H. viuda de Febres Odriozola y al demandante, en la proporción de la mitad para cada uno, de los bienes dejados por el testador Dr. Enrique Febres Odriozola, a excepción de la parte de que dispuso en el testamento, por concepto de legados y mejora; pero como su nombrado causante, se ha excedido del límite fijado por el artículo 700 del C. C. demanda, además de la partición de los bienes, la caducidad de las disposiciones contenidas en las cláusulas séptima, octava, novena, décima y décima primera del referido testamento y la colocación de todo el dinero efectivo, joyas, muebles, útiles y enseres que hubieren recibido las demandadas, ya que el testador dejó de administrar sus bienes por motivo de enfermedad. Manifiesta, además, el demandante, que los bienes que deben comprender la partición, son los especificados en las cláusulas sexta, séptima, octava, novena y décima del testamento citado y que dichos bienes deben dividirse en la siguiente proporción: un tercio para doña Elena Medina H. viuda de Fe-

bres Odriozola, otro para el actor y el tercio restante para que se distribuya entre la nombrada viuda y la legataria, doña María Orué.

Con la copia certificada de fs. 134 del testamento otorgado por el Dr. Enrique Febres Odriozola, se ha acreditado, que en la cláusula quinta, el testador instituyó como sus herederos, al demandante en su condición de hijo y a doña Elena Medina H. de Febres en su condición de cónyuge, estableciendo que sus herederos debían dividirse sus bienes en partes iguales, correspondiéndole la mitad a cada uno de ellos, exceptuando los bienes de que dispone el testador en legados y mejora. Por la cláusula novena el Dr. Febres Odriozola deja en calidad de legado, a su fiel empleada doña María Orué, el inmueble de la calle Torres Paz números 812 al 820, cuyos linderos especifica y además una faja de terreno de tres metros de ancho, el garage que se encuentra a la derecha entrando y el altar, imágenes y demás objetos del culto, que existen en el Oratorio de la Clínica. El causante del demandante, declara en la cláusula undécima, que si el legado que deja a doña María Orué es menor que el tercio de libre disposición, conforme a la valorización que se haga, la diferencia hasta completar dicho tercio, se debe adjudicar a su esposa doña Elena Medina H. de Febres, en calidad de mejora. Habiendo realizado el testador Dr. Enrique Febres Odriozola la partición de sus bienes en la forma que aparece de las cláusulas glosadas, de su testamento citado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 788 del C. C. no procede la división y partición solicitada por don Manuel Febres Cavero. Además, como el menaje de la casa corresponde a la viuda del Dr. Febres Odriozola, de acuerdo con la segunda parte del artículo 200 del C. C. y según el peritaje de fs. 102 y siguientes, el testador no se ha excedido en el tercio de libre disposición, debe declararse sin lugar la nulidad, de las cláusulas testamentarias, solicitada por el actor. Don Manuel Febres no ha probado en autos, que las demandadas hayan recibido dinero en efectivo, joyas y otros bienes, a los que se contrae la colación demandada, por lo que, también es infundada la demanda en este extremo. Además, la proporción en que el demandante solicita que se dividan los bienes del Dr. Febres Odriozola es la misma que el testador dejó establecida en su citado testamento. La demanda interpuesta a fojas una, debe declararse sin lugar, en todas sus partes.

Por las consideraciones expuestas, opino que la Corte Suprema puede servirse declarar que NO HAY NULIDAD en el fallo de vista, en la parte materia del recurso, salvo mejor parecer.

Lima, 14 de enero de 1953.

**García Arrese.**

---

#### RESOLUCION SUPREMA

Lima, veinticinco de abril de mil novecientos cincuentitrés.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que teniendo la partición por objeto hacer cesar el estado de indivisión de los bienes quedados al fallecimiento del causante, sea que aquella se haga por éste por su testamento o en las otras formas que determina la ley no se cumple dicha finalidad en el testamento de don Enrique Febres Odriozola, porque se limita el testador sólo a declarar que la cuota hereditaria que deja es de la mitad de ellos, una para su cónyuge y otra para su hijo natural en la proporción de ley no obstante que al hacer tal declaración se desconoce la prescripción contenida en el artículo setecientos setecincuenta del Código Civil, según la cual, al cónyuge le corresponde una parte igual a la de un hijo legítimo, resultando, en consecuencia, que no se ha verificado la partición a que se refiere el artículo setecientos ochentiocho del citado Código y que, por consiguiente, se trata del caso de la división y partición judicial que legítimamente se ha promovido con la demanda de fojas una, que se rige por lo dispuesto en el artículo quinientos diecisiete y siguientes del Código de Procedimientos Civiles: declararon NULA la sentencia de vista de fojas ciento sesenta, su fecha trece de noviembre de mil novecientos cincuentidós; insubsistente la de Primera Instancia de fojas ciento cuarentiuno, su fecha cuatro de setiembre del mismo año expedida en los seguidos por don Manuel Febres Cavero con doña Elena Medina viu-

---

da de Febres, sobre división y partición; mandaron se expida nuevo fallo con arreglo a ley, y los devolvieron. — **Checa.** — **Maguiña.** — **Valverde.** — **Serpa.** — **Tello Vélez.**

Se publicó conforme a ley.

Dagoberto Ojeda del Arco.—Secretario.

---