

No tiene valor legal la partición hecha en documento privado por el que fallece intestado.

Juicio seguido por don Juan Rissi y hermanos con don José L. Rissi y hermana, sobre misión en posesión proindiviso. — De Lima.

AUTO DE VISTA

Lima, 7 de mayo de 1909.

Vistos y considerando; que en cumplimiento del auto consentido de fojas 33 vuelta, demandan, don José Leonardo y doña María Teresa Rissi á fojas 38 la posesión proindiviso de los bienes que don José Rissi dejó á su fallecimiento; que don Juan, doña Mariana y don Adelmo se oponen á esta pretensión en el 2.º otro si de su escrito de fojas 44, por cuanto el intestado dejó hecha la partición en el papel copiado á fojas 1, que todos los interesados manifestaron conjuntamente, en el escrito de fojas 17 vuelta estar resueltos á cumplir; que no es aplicable á este caso lo dispuesto en el artículo 2143 del Código Civil que se refiere á la partición testamentaria porque no hay testamento; que si el artículo 2150 del mismo Código faculta á los herederos capaces y presentes, á hacer partición extrajudicial, no existe instrumento público relativo á la misma, otorgado en virtud de lo dispuesto en el artículo 1093 y siguientes del Código de Enjuiciamientos Civil, ni en la forma de contrato especial de di-

visión, que la protesta de respetar el contenido del proyecto de testamento de don José Rissi, no produce, en consecuencia, los efectos de una división testamentaria ni extrajudicial como no puede producir el que se tenga por albacea y ejecutor testamentario á la persona á quien allí se inviste con tal carácter; que si alguno de los interesados pretende que se formalice el convenio de partición, puede hacer uso de su derecho en la forma legal; que no habiéndose practicado los inventarios en el juicio fenecido de intestado, esta diligencia debe preceder á la posesión y no hay inconveniente para que se practique en este juicio, conforme al artículo 2148 del Código Civil, revocaron el auto de fojas 153 vuelta, su fecha 25 de noviembre último; declararon infundada la oposición á la posesión proindiviso y á la facción de inventarios; mandaron se ministre á los demandantes dicha posesión previo el respectivo inventario; y los devolvieron; reintegrándose el papel.

Rúbricas de los señores:

Erásquin.—Barreto.—Pérez.

Se publicó conforme á ley.

Ricardo Leoncio Elías.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

El documento insertado á fojas 1 no tiene valor alguno legal como lo reconocieron todos los interesados á fojas 18. No es testamento porque le faltan las formalidades de ley. No siendo testamento no es nada y todo lo que él contiene carece de eficacia. La partición que la legislación francesa denomina de *ascendiente* no puede hacerse sino de dos maneras: por donación entre vivos, ó por testamento. Para la primera se requiere acto material, cuando versa sobre inmuebles; para la segunda, las formas ordinarias de los testamentos. Ninguno de estos requisitos reúne la llamada partición de don José Rissi.

A mayor abundamiento, contiene ella disposiciones nulas *ipso jure*, que la invalidarían totalmente, como son: prohibición á los herederos de enagenar ó gravar los bienes que se les adjudica, señalamiento de la mayor edad á los 24 años, y nombramiento de guardador para los nietos menores, no obstante hallarse entonces bajo la patria potestad de la madre.

Por otra parte, y finalmente, hecha en 1897 la llamada partición han quedado fuera de ella y sin partirse todos los bienes que haya adquirido Rissi con posterioridad, hasta su fallecimiento en octubre de 1904. La partición de éstos habría de hacerse, en todo caso conforme á las reglas ordinarias.

La declaración hecha por los interesados á fojas 18, en forma incidental é imperfecta, del

propósito que les animaba de respetar la voluntad de su padre y abuelo, no importa un convenio formal y definitivo, desde que en el mismo escrito se confiesa ser necesaria la previa declaración de herederos, y desde que tal declaración no podría referirse sino á los bienes partidos, mas no á los adquiridos con posterioridad.

La condición legal de Rissi, de sus herederos y bienes, es por tanto, la del intestado, y esa condición es la que debe servir de base y pauta para todo procedimiento subsiguiente. Declarados los herederos en auto de 24 de diciembre de 1904, (fojas 33 vuelta), tienen derecho á que se les ministre posesión de los bienes hereditarios, previo inventario, como allí se mandó y como disponen los artículos 2128 y siguientes del Código Civil.

A estos principios está ajustado el auto de vista de fojas 159 vuelta, cuyos fundamentos todos son legales. No hay nulidad, por tanto, en el recurrido, que, revocando el apelado, ordena se ministre á los demandantes posesión proindiviso de los bienes que dejó don José Rissi, previo el respectivo inventario; salvo el mejor parecer de VE.

Lima, á 28 de junio de 1909.

LAVALLE.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 7 de julio de 1909.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal, declararon no haber nulidad en el auto de vista de fojas 159 vuelta, su fecha 7 de mayo último, que revocando el de primera instancia de fojas 53 vuelta, su fecha 25 de noviembre del año próximo pasado, declara infundada la oposición deducida en el escrito de fojas 44 por don Juan Rissi y hermanos, á la posesión proindiviso y á la facción de inventarios solicitada á fojas 38 por don José L. Rissi y hermana y manda que se ministre á estos últimos dicha posesión previo el respectivo inventario, condenaron en las costas del recurso á la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Elmore. — Ortiz de Zevallos. — León. — Eguiguren. — Almenara.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.