

DIVISION Y PARTICION.—Existiendo testamento en que se estipula la distribución de bienes, la acción posterior de división y partición deben contraerse sólo a los bienes que no fueron comprendidos en el acto particional hecho por el propio testador.

DICTAMEN FISCAL

Exp. No. 590/53.

Señor: Con el testimonio de escritura que obra a fs. 34, se ha acreditado que con fecha 3 de setiembre de 1933 don Mariano Plácido Macedo Riquelme otorgó testimonio, en el cual, después de hacer una clasificación de sus bienes, en propios, gananciales del primer matrimonio y en gananciales del segundo matrimonio, hace una distribución de casi todos ellos, distribuyéndolos entre sus herederos; pero respecto a la casa de la calle La Merced No. 430 de la ciudad de Arequipa, declara que recién se ha construido y ha sido adquirida últimamente con su esposa doña Herminia Gamero de Macedo, con quien es casado el testador en segundas nupcias, no habiendo tenido hijos durante 27 años de matrimonio y que dicho inmueble debe ser adjudicado a su nombrada cónyuge, en concepto de gananciales, por el valor del quinto de libre disposición, con que según el C. C. de 1852 la favorece con el carácter de legado y por los bienes parafernales de los cuales dispuso el testador, con el objeto de reconstruir la citada casa, en la que se estableció el hogar conyugal. Posteriormente y por escritura pública que en testimonio corre a fs. 39, en 25 de octubre de 1934 don Mariano Plácido Macedo adjudicó la mayor parte de sus bienes a favor de sus cuatro herederos y respecto a la casa de La Merced No. 430, sólo declara que se reserva para hacer sobre los derechos que le corresponden como bien ganancial, disposición testamentaria. Evidentemente que ambos instrumentos públicos no se oponen y al examinarlos se llega a la conclusión de que la escritura de adjudicación no es sino la confirmación y realiza-

ción del testamento de 3 de setiembre de 1933, con sólo una pequeña diferencia en lo que respecta a los semovientes que corresponden a cada heredero. Existiendo conformidad entre ambos instrumentos públicos y como el testamento otorgado por Mariano Plácido Macedo en 3 de setiembre de 1933 no ha sido revocado expresamente, ni por otro testamento, ni por la citada escritura de adjudicación, es evidente que de conformidad con lo dispuesto por el art. 748 del C. C. vigente debe considerarse que el citado testamento está vigente y como ha fallecido el testador el 27 de mayo de 1946, rigen las disposiciones del testamento de 3 de setiembre de 1933 y el C. C. de 1936, vigente en el momento en que don Mariano Plácido Macedo falleció. Si bien es verdad que el actual C. C. no reconoce la cuarta conyugal, con que el testador favorece a su cónyuge, no menos cierto es que el nombrado causante quiso que su esposa se beneficiara con la propiedad total de la casa ubicada en La Merced No. 430, por lo que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 704 del citado Cuerpo de Leyes, hay que considerar que el testador al hacer la adjudicación de la citada casa en favor de su nombrada esposa, calculó, como lo declara expresamente, lo que correspondería a doña Herminia Gamero de Macedo, por el legado con que la favorece, por su parte de gananciales en los demás bienes de que dispone en favor de sus hijos, por los bienes parafernales de la cónyuge y por lo que le adjudicó por cuarta conyugal. Las adjudicaciones hechas sobre la base del citado testamento y la referida escritura de 25 de octubre de 1934 en favor de los hijos y cónyuge sobreviviente de don Mariano Plácido Macedo son válidas y arregladas a ley; por lo que, la oposición formulada a fs. 13 para que no se incluya en la partición la casa de La Merced No. 430 es legalmente procedente así como también lo es, la oposición formulada para que no se incluya en la división, el mobiliario de dicha casa, por aplicación de lo dispuesto por la segunda parte del art. 200 del acotado, y consecuentemente debe declararse fundada la oposición formulada por la cónyuge sobreviviente en el escrito de fs. 2 del cuaderno de inventarios. La sentencia de vista de fs. 162 que confirma la de Primera Instancia de fs. 146 y declara fundadas las citadas oposiciones, está arreglada a ley y al mérito del proceso.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la sentencia de vista, opino que NO HAY NULIDAD en el fallo recurrido, en la parte materia del recurso, salvo mejor parecer.—

Lima, 21 de setiembre de 1953.

GARCIA ARRESE.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenticuatro.—Vistos: de conformidad con el dictamen del señor Fiscal; y considerando además: que el testador en su testamento de fojas treinticuatro de acuerdo con la facultad que le confiere el artículo setecientos ochentiocho del C. C., hizo la partición de sus bienes entre sus hijos del primer matrimonio y su segunda esposa: que por escritura pública que en testimonio obra a fs. treintinueve efectuó las adjudicaciones respectivas, de conformidad con las disposiciones del expresado testamento: que desde la fecha de estos actos jurídicos hasta la de la presente demanda de partición han transcurrido dieciocho años durante los cuales tanto los hijos como la cónyuge han respetado recíprocamente los derechos emanados del referido acto particional y que por consiguiente la partición demandada debe contraerse sólo a los bienes que no fueron comprendidos en la que dejó hecha el testador: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas ciento sesentidós su fecha dieciocho de junio de mil novecientos cincuentitrés que confirmando la apelada de fojas ciento cuarentiseis su fecha catorce de enero del mismo año declara fundada en parte la demanda de partición interpuesta a fojas una por doña Clara Macedo de Macedo Pastor; y fundadas las oposiciones formuladas a fojas dos del cuaderno de inventarios y a fojas once de estos autos por doña Herminia Gamero viuda de Macedo; con lo demás que contiene: condenaron en las costas del recurso y en la multa de cuatrocientos soles a la parte que lo interpuso: y los devolvieron. — SAYAN ALVAREZ. — MAGUÑA SUERO. — VALVERDE. — SERPA. — TELLO VELEZ. — Dagoberto Ojeda. — Secretario.
