

El coheredero á quien el testador adjudique un inmueble determinado puede pedir la posesión exclusiva de él, aunque se halle pendiente el juicio de partición; sin perjuicio de que se le descuente de su haber el exceso que pudiera resultar por razón del valor del inmueble.

Juicio seguido por doña María Chocano con doña María Alcázar de Chocano, sobre misión en posesión. — De Arequipa.

AUTO DE PRIMERA INSTANCIA

Moquegua, diciembre 9 de 1910.

Autos y vistos; y teniendo en consideración: que tanto la demandante, como su madre y hermano legítimos están poseyendo la casa pues viven en común; que hasta que se verifique la partición no puede conocerse el haber que á cada uno corresponde, que aunque en el último testamento bajo el cual falleció don José Benigno Chocano, que en testimonio corre de fojas 1 á 4 manda que á su hija María se le adjudique su haber, y la mejora que le deja en la referida casa; en el codicilo corriente á fojas 6, manda el mismo testador que se tasen las mejoras que ha puesto en dicha casa y que su valor se aumente al capital de bienes; de donde se deduce que pueden tener á ella derecho todos los herederos; y que según el testamento ordenará el juez se dé al demandante posesión pro-indiviso como lo dispone el

artículo 1230 del Código de Enjuiciamientos en materia civil: minístrese á la demandante doña María Chocano posesión pro-indiviso de la casa de la calle de Ancachs en común con su madre y con los hermanos de aquella.

Cornejo.

Ante mí—*Francisco Hurtado.*

AUTO DE VISTA

Arequipa, 18 de junio de 1909.

Vistos, con los informes por escrito de los apoderados de las partes; por los fundamentos en que se apoya el auto apelado de 9 de diciembre del año próximo pasado, corriente á fojas 59 vuelta, en el que se manda ministrar á la demandante doña María Chocano posesión pro-indiviso de la casa de la calle de Ancachs en común con su madre y hermanos, lo confirmaron; y los devolvieron, reintegrándose el papel.

Polar.—Delgado.—Leguía y Martínez.

Se publicó conforme á ley.

J. Miguel de la Rosa.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

Doña María Chocano pidió en su demanda de fojas 8 al juez de primera instancia de Moquegua que se le ministrase misión en posesión de la finca situada en la calle de Ancachs de esa ciudad, por cuanto su finado padre don José Benigno Chocano manda en la cláusula séptima de su testamento, ratificada en la cláusula tercera de su codicilo, que corren respectivamente á fojas 1 y 4 vuelta, que se le adjudiquen su haber y la mejora que le deja en el tercio de sus bienes, en la referida casa de la calle de Ancachs por el precio de 3600 soles en que la compró, y que sólo se tasasen las mejoras que hizo en esa finca y su valor se aumente al capital de bienes; que como la casa á que se refería la habitaba también su madre doña María Alcázar viuda de Chocano, en unión de sus hijos el insano Benigno Chocano y el menor Carlos Augusto Chocano, se le instruyera, como guardadora de aquellos, de su demanda.

Instruída de su contenido la viuda del señor Chocano, por sí y en representación de sus menores hijos Benigno y Carlos Augusto Chocano se opuso á la posesión exclusiva que solicitaba la demandante, alegando que ella por razón de sus gananciales y sus referidos menores hijos como herederos declarados en la cláusula 12 del testamento de don José Benigno Chocano tenían derecho á la propiedad y á las mejoras de esa finca, y que existiendo juicio de división y partición de bienes de dicha testamentaría en la que se discutía la legalidad de la revocatoria de la cláusula

quinta del primer testamento del señor Chocano, debía esperarse la terminación de ese juicio concediéndose entre tanto á todos los herederos, posesión pro-indiviso en común, de todos los bienes de la sucesión Chocano.

Sustanciada la oposición se expidió el auto de fojos 59 vuelta, que manda se ministre á la demandante doña María Chocano, posesión pro-indiviso de la finca de la calle de Ancachs en común con su madre y los hermanos de aquella. Este auto ha sido confirmado por el superior de fojas 77, contra el que doña María Chocano, ha interpuesto extraordinario recurso de nulidad.

En concepto del suscrito el auto de vista confirmatorio del apelado de fojas 59 vuelta, está arreglado á la ley; porque don José Benigno Chocano, ni en su testamento ni en su codicilo ha dejado hecha la partición de bienes entre sus herederos. En su testamento se limita á declarar sus bienes; y con respecto á su hija María en la cláusula 7ª, que es su voluntad mejorarla en el tercio de sus bienes y manda que se le adjudique su haber y la mejora que le deja en la casa de la calle de Ancachs por el precio en que la compró, ratificando en la cláusula 3ª de su codicilo, su voluntad de dejarle la casa por ese precio, ordenando que las mejoras que ha hecho en ella, se tasen y su valor se aumente al capital de bienes. Por esta razón se ha pedido judicialmente la división y partición de bienes de la testamentaria de don José Benigno Chocano; cuyo hecho ha sido reconocido en autos por la demandante; de manera, que mientras ese juicio no haya terminado y los bienes permanezcan indivisos no se puede ministrar por ahora á la demandante en conformidad con la ley, sino posesión pro-indiviso en común con su madre y hermanos de la finca materia de la demanda.

En tal virtud el adjunto que suscribe opina porque VE. declare que no hay nulidad en el auto de vista de fojas 77, confirmatorio del apelado de fojas 59 vuelta; salvo mejor acuerdo de VE.

Lima, diciembre 13 de 1909.

PRADO Y UGARTECHE.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, abril 8 de 1910.

Vistos; en discordia con lo expuesto por el Ministerio Fiscal; y considerando: que conforme al artículo 1347 del Código de Enjuiciamientos, debe darse posesión de la finca de la calle de Ancachs en Moquegua, á doña María Chocano, en virtud de ser legítimo título la disposición testamentaria de fojas 1 de su padre el testador: que la facultad con que este dictó esa disposición se apoya en lo prescrito en el artículo 2143 del Código Civil que autoriza al testador para hacer la partición de la herencia entre sus herederos; que el derecho de hacer anticipaciones, que tienen los padres en favor de sus hijos, con arreglo al artículo 935 del citado Código, confirma la expresada facultad que ejerció don José Benigno Chocano; declararon haber nulidad en el auto de vista de fojas 77 su fecha 18 de junio último; reformándolo y revocando el de primera instancia de fojas 59 vuelta, su fecha 9 de diciembre de 1908, mandaron se dé posesión de la referida casa á doña María Cho-

cano, sin perjuicio de que en la partición se le cargue lo que pudiera exceder de su haber por razón del valor actual de la finca y de las mejoras puestas en ella; y los devolvieron.

Espinosa. — Elmore. — Ortiz de Zevallos. — Leon. — Eguiguren. — Almenara. — Villa García. — Barreto. — Puente Arnao.

Se publicó conforme á ley, siendo el voto de los señores Leon, Eguiguren, Villa García y Barreto, porque se declare no haber nulidad, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal; de que certifico.

César de Cárdenas.