

que se declara sin lugar la contradicción deducida á fojas 13, por don Luis Oldrati; condenaron en las costas del recurso y en la multa de 16 libras peruanas á la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

Elmore.—Villarán.—Éguiguren.—Villanueva.—Villa García.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.

Cuaderno No. 392.-Año 1910.

Tacha de erroresencial á la operación del dirimente en un juicio de partición.

Recurso de nulidad interpuesto por el doctor don Lorenzo Talavera en el juicio con don Buenaventura Yáñez, sobre partición de bienes.—De Arequipa.

Excmo. Señor:

Doña María Natividad Cano Cortez de Escobar y su hermana doña María Micaela Cano Cortez de Llerena, heredaron á sus padres la masa de bienes que consta del acta de partición de fojas 228, fecha 18 de junio de 1859, valorizada, previa deducción de los gravámenes censíticos á que estaba afecta, en la suma líquida de 15,082 pesos, 2 y $\frac{1}{4}$. Los principales inmuebles de la herencia consistían en la hacienda "San Jo-

sé de la Laja", del valle de Majes, y en una casa en el pueblo de Huancarqui. Según las respectivas hijuelas, esta última finca y una parte de la hacienda se adjudicaron á doña Natividad, y el resto de la hacienda á doña Micaela, en lotes ó porciones clara y distintamente determinados. Según la escritura de fojas 114, de 10 de junio de 1887, don Mariano Escobar, hijo legítimo y heredero de doña Natividad, y doña Micaela permutaron dicha hacienda, que la poseían en común, según su respectivo haber, con la de Pachacutec, de don Lizandro Revilla, pero sin determinación de la parte que á cada uno correspondía en este fundo, declarándose, mas bien, en la cláusula 13, que la división se haría después, "teniendo en cuenta el valor de los haberes de la hacienda San José de la Laja, y demás derechos peculiares que se han expresado". Surge de esa mancomunidad el presente juicio de división y partición, promovido por Escobar contra el doctor don Lorenzo Talavera, heredero testamentario de doña Micaela, en el cual se ha expedido la sentencia confirmada de fojas 129, que manda practicar la diligencia. La discordia entre los peritos de las partes, se ha dirimido en el dictamen de fojas 279, en el sentido de dividirse la hacienda, cuyo valor se estima en \$ 15,142.68, por mitad entre los condóminos. Por el auto de fojas 376 se ha aprobado la dirimencia, desestimándose las observaciones de error sustancial formuladas contra ella por el doctor Talavera en el escrito de fojas 282. Versa el recurso de nulidad sobre el confirmatorio de fojas 429, en que, además, se desecha la excepción de falta de título deducida en el otro si de la expresión de agravios de fojas 402.

Resulta manifiesto el error de que adolece la operación del perito dirimente, no sólo porque

las mismas hijuelas que se invocan en su apoyo, demuestran que la acción de doña Micaela fué mayor que la de doña Natividad, en la hacienda de "San José de la Laja", en compensación de la casa de Huancarqui, asignada á esta última, sino también porque cuando arrendaron el fundo, mientras doña Natividad percibía en efectivo la merced conductiva anual de 150 pesos, por su parte, la hermana estipuló, por la suya, el pago en mejoras, que consistían en la plantación de 2,400 majuelos por año, que se indemnizarían á un peso, cada uno, en caso de incumplimiento, acrecentando de esa suerte el valor de su acción, como se vé por la escritura de fojas 140, fecha 24 de mayo de 1865. Con ese mismo propósito y por la escritura de fojas 144 vuelta, de 22 de junio de 1872, arrendó su propio lote, imponiendo al locatario la obligación de mejorarlo, plantando en los terrenos eriazos treinta topos de viña. Pero donde se advierte mas á las claras la importancia relativa de cada acción, es en la escritura de fojas 148, de 3 de junio de 1873, según la cual percibía doña Natividad, de la merced conductiva de 900 pesos anuales, sólo 200 pesos, correspondiendo á doña Micaela los 700 restantes.

Todos esos documentos, presentados en parte de prueba, acreditan que la acción de doña Micaela en la hacienda de "San José de la Laja", representaba mayor valor que la de doña Natividad, cuando con ella se permutó la de "Pachacutec", en la cual quedaron, por consiguiente, radicadas sus respectivas acciones, á falta de estipulación expresa de partes, en la misma proporción que tenían en el otro fundo, el 10 de junio de 1887, fecha de la permuta. De ahí que la división practicada por mitad, contra el mérito de

los áutos, adolezca de notoria injusticia, que debe repararse.

Concluye, por eso, el Fiscal que hay nulidad en el auto recurrido en la parte que confirma el apelado, y que se reforme declarando fundados los reparos por error deducidos en el escrito de fojas 282, para que se proceda á rectificar la operación, en conformidad á lo dispuesto en el artículo 1079 del Código de Enjuiciamientos Civil. Y por cuanto no resulta justificada la excepción interpuesta en el otrosi del escrito de fojas 402, concluye así mismo que no hay nulidad en la parte que la desecha.

Lima, 18 de julio de 1910.

CAVERO.

Lima, 19 de agosto de 1910.

Vistos: de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal y atendiendo: á que del testamento de doña María Micaela Cano Cortez, no aparece que ésta recibió íntegramente el dinero que don Lizandro Revilla, entregó para establecer la equivalencia de los fundos permutados y que correspondía, tanto á ella, como á don Mariano Escobar, después de cubrir las obligaciones á que se refiere la escritura de permuta, pues lo que textualmente dice es, que recibió algún dinero del entero; á que es lógico presumir que tal dinero se dividió entre ambos copermutantes, como se convino hacerlo, según los términos de la referida escritura, pues don Mariano, después de trascurridos catorce años, se ha presentado pidiendo la división del fundo permutado solamen-

te, y no la de aquel, siendo así que en la tantas veces nombrada escritura de permuta quedó establecido que una y otra cosa se dividiría, según la proporción de sus haberes; á que considerar ese dinero como parte de la masa partible, en la actualidad, sería dividir algo distinto del bien que de una manera específica y determinada ha sido el objeto de la demanda de división instaurada; todo lo que pone de manifiesto el error esencial en que ha incurrido el perito divisor, tercero dirimente: declararon haber nulidad en la resolución de vista de fojas 429, su fecha 15 de diciembre del año próximo pasado, en la parte que confirma la de primera instancia de fojas 376, por la que se aprueba el dictamen del perito dirimente doctor don Daniel Vásquez, que corre á fojas 279; reformando en esa parte dicho auto de vista y revocando el de primera instancia, declararon fundados los reparos por error deducidos en el escrito de fojas 282, por el doctor don Lorenzo Talavera, para que se proceda á rectificar la operación en conformidad á lo dispuesto en el artículo 1079 del Código de Enjuiciamientos Civil; declararon no haber nulidad en la expresada resolución, en cuanto declara sin lugar la excepción perentoria de extinción y falta de título en el demandante, propuesta por el doctor Talavera en el primer otrosí de su escrito de fojas 422; y los devolvieron.

Leon. — Villanueva. — Almenara. — Villa García. — Barreto.

Se publicó conforme á ley.

César de Cárdenas.