

**Debe ser pro-indiviso la posesión de inmuebles pertenecientes á una testamentaria, reclamada por los que tienen derechos hereditarios sobre dichos inmuebles.**

Exmo. señor:

Cuestionan la posesión de un inmueble perteneciente á la testamentaria de don Celestino García, una hija de éste, Inés, representada por don Manuel Ponce, y la cónyuge superste doña María Vera, que ha pasado á segundas nupcias con don Domingo Orbegoso, quien se apersona por ella. Alega ésta sus incuestionables derechos á la repartición de la masa partible, como esposa, derechos atendibles sin otra prueba que la del matrimonio, hasta que se proúzca la de haber correspondido todos los bienes al marido, y no haber habido en ellos incremento del cual se deriven gananciales, en cuyo caso siempre quedaría acción expedita por la cuarta conyugal; y alega además la representación de un hijo póstumo de su primer esposo, y cuyo fallecimiento la hace sucesora. Los derechos de ambos contendientes se fundan en el testamento de don Celestino García, el cual instituye por herederos á una hija suya hoy esposa de Ponce y al póstumo; nombrando guardador de ellos á su mujer doña María Vera. Igualados así todos, en cuanto á su situación jurídica, hasta que se

discutiese y obtuviese en juicio ordinario, la exclusión de los que resultasen sin derechos reales y efectivos, en virtud de la prueba correspondiente; no han seguido el proceder natural y dictado por la comunidad de circunstancias y los lasos de familia; sino que Ponce pidió para sí la posesión exclusiva de la herencia como perteneciente en su universalidad á su esposa Inés García; y Orbegoso marido de la viuda se opuso absolutamente á esa posesión sin pedirla tampoco para sí. Ponce como era necesario, triunfó en el asunto, declarándose sin lugar la oposición de Orbegoso.

Un juez discreto y penetrado de la ley y amigo del buen derecho, hubiese hecho uso de la facultad de corregir y enmendar los defectos en que los litigantes incurren y hubiese ordenado la posesión pro-indiviso. No sucedió así, y Ponce la alcanzó exclusiva por cuanto Orbegoso se había limitado al papel negativo de opositor, sin derecho, porque evidentemente no lo tenía para excluir á Ponce de la participación de la herencia.

Pero Orbegoso mejor instruido y dirigido, como lo dice él mismo, entra en el verdadero camino y respetando los derechos del coheredero, solicita la posesión pro-indiviso, que le corresponde sin duda, en virtud del mismo título é instrumento que ha servido para acordarla á Ponce, instrumento que ha de producir sus efectos hasta que se invalide en virtud de un esclarecimiento formal en juicio ordinario, la cláusula relativa al póstumo.

Esa posesión pro-indivisa, se le ha negado en primera instancia á Orbegoso, fundando tal negativa en que ya Ponce la alcanzó exclusivamente,

y en que hay ejecutoria que aparta de ella por la vía sumaria á aquél.

Pero no es cierto que exista esa ejecutoria porque si Orbegoso perdió su oposición á la posesión de Ponce, nada dijo entonces sobre alcanzarla pro-indivisa para sí, lo cual hace que la acción en esta forma se encuentre hoy expedita para él.

Con tales observaciones el adjunto cree fundado y legal el auto de vista revocatorio del de primera instancia que acuerda la posesión pro-indiviso á la esposa superste de Celestino García, y encarga al juez que tenga presente las disposiciones de la ley sobre administración de la herencia, en caso de controversia entre los herederos. En consecuencia, puede V. E. declarar que no hay nulidad en el mencionado auto de vista, sin perjuicio de abrirse el juicio ordinario en el cual se fijará la condición real y definitiva de los que hoy deben reputarse igualados para el goce de la herencia por la comunidad del título en que funden sus acciones.

Lima, á 3 de enero de 1876.

GARCÍA.

---

FALLO

*Lima, febrero 10 de 1876.*

Vistos; de conformidad con lo expuesto por el ministerio fiscal, declararon no haber nulidad en el auto de vista pronunciado por la Ilustrísima Corte Superior de la Libertad, corriente á f. 139, su fecha 13 de octubre último, que revocando el apelado de f. 97, manda que se dé á don Domingo Orbegoso, en representación de su esposa, posesión pro-indiviso de la hacienda de Sacamaca, con lo demás que contiene; con costas y los devolvieron.

Alvarez. — Ribeyro. — Muñoz. — Arenas. — Cisneros. — Alzamora. — Sánchez.

Se publicó conforme á la ley de que certifico.

*Manuel L. Castellanos.*

---