

haber nulidad en lo demás que la sentencia de vista contiene; y los devolvieron.

Guzmán—Castellanos—Ribeyro—León—Figueroa.
Se publicó conforme á ley.

Luis Delucchi.

Cuaderno N.º 423.—Año 1905.

Produce nulidad el fallo fundado en una tacha sobre comprobación de personería, no planteada por la parte.

Recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Cortavitate y otro en el juicio con don Antonio C. Ponze sobre cantidad de soles.—Procede de Puno.

Excmo. Señor:

Iniciado juicio por don Carlos y doña María Cortavitate contra don Antonio C. Ponze, éste interpone la excepción de personería de fojas 47 aduciendo como causal única que «el crédito no corresponde á los demandantes sino á los herederos de Amenavar, quienes serían los que debieran demandarlo».

Refiriéndose á los documentos fehacientes de la prueba que acreditan la inexactitud de tal afirmación y al derecho de los actores para actuar por razón del crédito, el Juez de 1.ª Instancia, desecha dicha excepción.

La Iltrma. Corte Superior de Puno, en el auto recurrido, revoca el del inferior declarando fundada la misma excepción por ahora.

El considerando para tal revocatoria consiste exclu-

sivamente en un motivo no invocado por la parte, como es el de que según «el artículo 624 del Código de Enjuiciamientos Civil tiene lugar dicha excepción para que el actor presente el documento que acredite la adquisición de la cosa demandada por sucesión universal ó particular».

Es notoria la impertinencia de ese considerando; y evidente, por lo tanto, el error que de él emana.

Si el fundamento de la excepción se reduce al hecho de no corresponder la acción á los Cortavitarte, sino á los Amenavar, la controversia, la prueba y el auto-resolutivo deben limitarse á ese punto.

Los demandantes no tenían motivo para acreditar que son herederos de su padre porque bajo ese aspecto nadie puso en tela de juicio su representación, porque el juez debe repeler la prueba que no se concreta á la controversia, y en consecuencia hubo de limitarse dicha prueba como se limitó, á que el crédito á favor de Cortavitarte no fué transmitido á Amenavar.

La Corte se ha, pues, excedido en el ejercicio de sus atribuciones, suscitando de oficio, *ultrapetita* una tacha que en primera instancia no se planteó.

El artículo 1,749 del Código de Enjuiciamientos Civil que faculta á los tribunales para reponer la causa al estado en que se cometió alguno de los vicios anulativos del proceso, no legitima tal decisión, puesto que ese precepto no se refiere á las excepciones dependientes del criterio del litigante, sino sólo á errores ó defectos de substanciación.

Al establecer un considerando sobre punto no controvertido entre partes, se ha pues producido por analogía la nulidad que señala el artículo 1,649 inciso 9.º del Código citado.

En cambio están conforme á derecho y resuelven la

controversia los del Juez de la causa, para desestimar la excepción de personería.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Fiscal concluye que *hay nulidad* en el auto del 13 de diciembre último, corriente á fojas 135 vuelta, así como en su referente de fojas 141, en cuanto declara fundada dicha excepción; por lo cual, reformándolo V. E. debe, salvo mejor acuerdo, confirmar el de primera instancia de fojas 130, su fecha 24 de mayo de 1904.

Lima, 21 de octubre de 1905.

SEOANE.

Lima, octubre 31 de 1905.

Vistos: de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal y por los fundamentos de su dictámen, que se reproducen, declararon haber nulidad en el auto de vista de fojas 135 vuelta, su fecha 13 de diciembre del año próximo pasado y su referente de fojas 140 vuelta, de 30 del mismo mes y año, en la parte que es materia del recurso, por la que se declara fundada la excepción de falta de personería deducida á fojas 47 por don Antonio C. Ponze; reformándolos, confirmaron el de primera instancia de fojas 130, su fecha 24 de mayo de 1904, en cuanto declara infundada la referida excepción de falta de personería; y los devolvieron.

Espinosa — Ortiz de Zevallos — Eguiguren — Figueroa — Villanueva.

Se publicó conforme á ley.

Luis Delucchi.