

La variación, disminución o exoneración de la pensión alimenticia, debe ser materia de una acción aparte de aquella en que se declaró el derecho a la pensión.

Recurso de nulidad interpuesto por don Carlos Muñiz, en la causa que sigue con doña Irene Pino, sobre alimentos.—Procede de Arequipa.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Con las partidas que corren de fs. 1 a 5, doña Irene Pino de Muñiz, demandó a su esposo, don José Carlos Muñiz Alcalá, para que le pasara pensión alimenticia a ella, y a los hijos, que nombra; y seguido ese juicio en rebeldía del demandado (fs. 10), se sentenció, a fs. 16, el 30 de mayo de 1931, cuya sentencia quedó consentida. — Por la misma época, se siguió un incidente sobre retención de parte del sueldo del obligado, para cumplir su obligación, el que quedó abandonado en enero del año 32, por cuanto Muñiz dejó el puesto que desempeñaba, y no ha sido posible hacer efectiva su obligación, por no tener renta conocida. En abril del año 43, o sea once años después, Muñiz, presenta el recurso de fs. 26, en que dice que deduce la excepción de prescripción de las pensiones alimenticias devengadas, y que la hace valer contra su esposa y sus hijos menores, y los dos ma-

yores que nombra, que ya ejercen sus derechos civiles; y el Juez, después de tramitar esa excepción y oír al Agente Fiscal, a fs. 32 vta., la declara fundada, a fs. 33 vta., respecto de todas las pensiones devengadas, menos las correspondientes a los tres últimos años. La señora de Muñiz apela, a fs. 34; el Fiscal opina por la confirmatoria a fs. 38 vta., y el Tribunal resuelve, a fs. 44, revocando el apelado, y declarando que la acción de la demandante y de los menores, se halla expedita, desde que se interpuso la demanda, a excepción de los dos que han llegado a la mayor edad. Muñiz interpone recurso de nulidad, concedido a fs. 46.

Si lo que contiene el recurso de fs. 26, con el nombre de excepción, es una acción para que se declare prescrita la obligación del demandado, su improcedencia es notoria: tanto porque la prescripción, en casos como este, no procede como acción, cuanto porque dentro de este procedimiento, no cabe acción de tal naturaleza. Si lo que ese recurso contiene, es la excepción de prescripción, a que él se refiere, su improcedencia, también, es notoria; porque sólo puede hacerse valer excepción contra una acción, y en el caso de autos, no la hay, ya que la que los originó terminó por la sentencia de fs. 16, que ha quedado consentida, y ni siquiera se ha pedido su cumplimiento, porque lo actuado con posterioridad se refiere, a un incidente de retención, entre la demandante y el retenedor. Tampoco procede el pedido formulado en el recurso de fs. 26, al amparo de una prescripción, la exoneración que pretende el demandado de pagar pensión a sus hijos que han llegado a la mayor edad, porque ello no lo autoriza la ley, en la forma que se ha planteado, ya que, la misma

Tempora
dispone, en forma terminante, que la variación, disminución o exoneración de pensión alimenticia, debe ser materia de una acción aparte, que se sustancia por cuerda separada, y así lo ha comprendido, Muñiz, formulando la demanda a que se refiere la copia certificada de fs. 40.

Si por existir ese juicio no cabe pronunciarse, dentro de este incidente, sobre tal exoneración; si por estar terminado el presente juicio sobre pago de alimentos, con la sentencia de fs. 16, no cabe deducir excepción de prescripción, por cuanto no hay acción alguna pendiente; y si dicha excepción no puede hacerse valer como acción, y mucho menos para eludir el cumplimiento de una sentencia consentida, el Fiscal considera, que no ha debido aceptarse a sustanciación la cuestión planteada en el recurso de fs. 26, ni como excepción, ni como acción, y al hacerlo, se ha incurrido en error de procedimiento; por lo que cree que la Corte Suprema, debe declarar NULO E INSUBSISTENTE el auto Superior recurrido, el de Primera Instancia, y todo lo actuado desde fs. 26 vta.

Lima, noviembre 30 de 1943.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 16 de diciembre de 1943.

Vistos; de conformidad con el dictámen del Señor Fiscal, cuyos fundamentos se reproduce: declararon nulo el auto de vista de fs. 44, su fecha 5 de octubre último, insubsistente el de Primera Instancia de fs. 33 vta., su fecha 16 de junio del mismo año y todo lo actuado desde fs. 26 vta., a cuyo estado repusieron la causa sobre alimentos seguida por doña Irene Pino de Muñiz con don José Carlos Muñiz; sin costas; y los devolvieron.

**Zavala Looiza. — Velarde Alvarez. — Frisancho. —
Samanamud. — Noriega.**

Se publicó conforme a ley.

A. Eguren Bresani. Secretario.