

La excepción de prescripción debe ser tramitada debidamente y resuelta en forma expresa en el fallo que pone término a la instancia.

Procede de Piura.

Cuaderno No. 1938 de 1945.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

Don Andrés Avelino Elera, afirmando ser hijo ilegítimo de don José Dolores Elera, fallecido el 16 de enero de 1943, demanda su filiación ilegítima, fundando su acción en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 366 del C. C. (fs. 2) y acompaña su partida de bautismo, (fs. 1), en que figura como hijo natural de don José Dolores Elera, habido, en doña Donatila Rivera. La parte demandada, contesta la demanda, negándola sencillamente, y se recibe la causa a prueba, a fs. 8; se actúa toda la que las partes han ofrecido, y se sentencia, a fs. 83, en el sentido de declararse infundada la demanda, pero como la Corte Superior, resolviendo la apelada de fs. 88, en discordia de votos, revoca la apelada, a fs. 97 vuelta: declara fundada la demanda, y que el demandante es hijo ilegítimo de don José Dolores Elera, con los votos discordantes de fs. 99, por la confirmatoria, la parte demandada, interpone recurso de nulidad a fs. 100, concedido a fs. 101.

Que el demandante ha gozado de la posesión constante del estado de hijo ilegítimo de don José Dolores Elera, lo comprueba el hecho evidente de que el último permitiera, sin objeto alguno, que aquel llevara su apellido, y que en la partida bautismal, ya citada, se le hi-

ciera aparecer, al bautizado, desde luego con su consentimiento tácito, como hijo natural, habido en sus relaciones con doña Donatila Rivera; lo prueba también, el uniforme testimonio de los testigos presentados, que dan razón de su dicho, al extremo de que, uno de ellos, afirma que era el conductor del dinero que el padre le entregaba para la madre del hijo, refiriéndose al demandante y a don José Dolores Elera; y esta prueba testimonial, no está aislada, sino que, cumpliéndose la exigencia de la Ley, tiene la confirmación y el amparo de las cartas de fs. 26 y 26 dirigidas por el ya nombrado don José Dolores Elera, al demandante, en las que, en forma afectuosa, le dá el tratamiento de hijo, y le hace referencia a intimidades, respecto de su hija, la demandada, doña Rosenda Elera, con relación al actor; y aunque esas cartas, no las han querido reconocer, la demandada y su esposo, la diligencia de cotejo de fs. 64, les dá valor de prueba eficiente. A esto se agrega, la fotografía de fs. 17, que la demandada no ha podido desconocer, y la serie de pruebas, que sería largo y pesado enumerar, pero que analizados, en conjunto, demuestran sin lugar a dudas, que el demandante gozaba, durante la vida de su padre, de la posesión constante del estado de hijo ilegítimo, con los requisitos que la Ley exige, para que su acción esté justificada.

No cabe oponer la prescripción, en el caso de autos, porque la demanda se fundamenta, no solo en los incisos del artículo 366, 1o. y 3o. sino también, en el segundo de dicho artículo, que permite el ejercicio de la acción, hasta terminado el año siguiente al fallecimiento del presunto padre (art. 379 C. C.) y en el estudiado, el padre falleció, en Enero de 1943, habiéndose interpuesto la demanda, en Julio del mismo año. El artículo 382, que dá el plazo de tres años para intentar la acción, se refie-

re a la que conceden, los artículos 367 y 368, según se desprende de su propio tenor, pero no el 366, que es el que ampara la acción del demandante. Por último, conforme a la Ley, ante la Corte Suprema, que no es instancia, y en la que no hay debate judicial, no puede deducirse la prescripción, al amparo del artículo que la permite, en cualquier estado del juicio, porque con la sentencia superior, termina el mismo, y por consiguiente, no tiene cabida, el otrosí del escrito presentado, ante este Supremo Tribunal, por don Néstor Huamán.

Las consideraciones aducidas, sirven de fundamento a la opinión del Fiscal, en el sentido de que NO HAY NULIDAD, en la Resolución de vista recurrida.

Lima, 14 de mayo de 1945.

Palacios.

RESOLUCION SUPREMA

Lima, 30 de mayo de 1945.

Vistos; con lo expuesto por el Señor Fiscal; y considerando: que son resoluciones nulas todas las que omiten resolver sobre los puntos que han sido controvertidos, artículos mil ochenticinco inciso décimo del Código de Procedimientos Civiles; que la parte de doña Rosenda de Huamán haciendo uso del derecho que le concede el artículo mil ciento cincuenticuatro del Código Civil, en segunda instancia reiterando la excepción de prescripción deducida implícitamente en primera instancia, la interpone en forma clara y expresa como aparece del escrito corriente a fojas noventisiete; que dicha excepción por su propia naturaleza, debió ser sustanciada conforme a

ley para poder apreciarla y resolverla en el fallo, lo cual se ha omitido incurriéndose en la nulidad consiguiente; y, que basándose precisamente la sentencia de vista revocatoria de la de primera instancia en que el Juez ha contemplado dicha excepción sin haber sido deducida por la parte, se hace necesario normalizar el procedimiento en guarda del derecho de defensa: declararon INSUBSISTENTE la sentencia de vista de fojas noventa y siete vuelta, su fecha siete de octubre de mil novecientos cuarenticuatro que revocando la de primera instancia de fojas ochentitres, su fecha treinta de junio del mismo año, declara fundada la demanda de fojas dos interpuesta por don Abel Elera Rivera: repusieron la causa al estado de fojas noventa y siete para que se sustancie la excepción de prescripción con arreglo a ley, debiendo en su oportunidad expedirse la resolución que corresponda; y los devolvieron.

**Valdivia — Portocarrero — Pastor — Samanamud
Alvariño.**

Se publicó conforme a ley.

José Merino Reyna, Secretario.
