

**Al otorgarse el poder de conformidad con lo dispuesto por los arts. 9 y 10 del C. de P. C., el apoderado puede actuar con arreglo a dichos dispositivos legales.**

### **DICTAMEN FISCAL**

Señor:

Conforme el art. 1087 del Código de Procedimientos Civiles, las Cortes y Juzgados deben reponer la causa al estado en que se cometió algunos de los vicios que anulan el juicio, aún cuando la parte agraviada no haya reclamado, siempre que no conste en los autos que renunció expresamente a su derecho, observándose en la última parte del art. 208

El art. 1085 de la misma ley procesal enumera los casos en que las resoluciones son nulas y entre estas están los incs. 8º, 11º, 13º que se refieren respectivamente a los decretos o autos que desnaturalizan el juicio, a la sentencia o auto pronunciado en causa en que intervienen personas a quienes es prohibido comparecer en juicio y a la sentencia o auto que se pronuncia con omisión de los trámites establecidos en la ley bajo pena de nulidad.

Consta de autos, en el expediente sobre nulidad de cláusula testamentaria seguido por don Jacinto Salazar Suárez con don Antonio Salazar Cueva y otros, que los demandados Antonio, Julio Evaristo, Gertrudis y Cecilia Salazar Cueva, otorgaron el poder que corre a fs. 6 en favor del Dr. Máx E. Cordero, para que los defendiera en este juicio sobre nulidad de una cláusula testamentaria. Con posterioridad como aparece del escrito de fs. 16, el demandante Jacinto Salazar amplía la demanda, ya no solo como representante de su menor hija Leonor Esperanza Salazar Cueva, sino en su propio nombre y derecho y plantea la nulidad de otra cláusula de la memoria testamentaria que corre

en copia simple a fs. 62 suscrita y sellada por el Notario de la Oroya don Abraham Rucabado. El poder que corre a fs. 6 otorgado por cuatro demandados en favor del Dr. Cordero para que los defienda en el solo juicio, dirigido a anular una sola cláusula testamentaria es insuficiente y no tiene valor para que dicho apoderado pueda contestar la ampliación de la demanda de fs. 16 en que se repite, se demanda además en nombre propio, se pide la nulidad de otra cláusula y se reclama un bien distinto al que es materia de la demanda inicial de fs. 1.

Por otro lado el apoderado Dr. Cordero al plantear a fs. 23 vta. en el primer otrosí del recurso de 13 de Noviembre de 1950, una mutua reconvencción, no ha tenido para ello facultad legal de sus poderdantes, infringiendo así lo establecido en el inc. 3º de art. 1036 del Código Civil y el inc. 3º del art. 1644 del mismo Código. Y además conforme al art. 326 del Código de Procedimientos Civiles pueden reconvenir todos los que sean demandados, siempre que ejerciten una acción o derecho propio, y no aisladamente ni en representación ajena.

Por último el apoderado Dr. Cordero que contesta la ampliación de la demanda sin estar facultado para ello, plantea una mutua reconvencción, que es una contra-demanda en su condición de albacea, siendo así que conforme al art. 737 del Código Civil, los albaceas no son personeros de la testamentaria (mucho menos de los herederos), para demandar ni responder en juicio, sino tratándose de los encargos del testador y de la administración que le corresponde, o del caso del inc. 6 del art. 734.

En consecuencia, es evidente que hay nulidad e insubsistencia de todo lo actuado y como las leyes de procedimiento son de orden público y no pueden ser transgredidas, el Fiscal Suplente que suscribe es de opinión que se declare la referida **NULIDAD E INSUBSISTENCIA** de todo lo actuado desde fs. 18 regularizándose el procedimiento en la forma legal correspondiente. Salvo mejor parecer.

Lima, 13 de Febrero de 1967.

ELIAS APARICIO

**RESOLUCION SUPREMA**

Lima, cinco de Abril de mil novecientos sesenta y siete.—

Vistos; con lo expuesto el señor Fiscal; considerando: que al haberse otorgado el poder de fojas seis de conformidad con lo dispuesto por los artículos nueve y diez del Código de Procedimientos Civiles ha quedado establecido que el apoderado puede actuar con arreglo a dichas disposiciones legales; que la reconvencción formulada por don Max Cordero la hace en su carácter de mandatario ya que como albacea sus atribuciones están limitadas por el artículo setecientos treinta y siete del Código Civil; y por los fundamentos de la recurrida: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas ciento cincuenta y dos vuelta, su fecha veintisiete de Mayo de mil novecientos sesenta y seis que, confirmando en una parte y revocando en otra la apelada de fojas ciento cuarenta y dos, su fecha trece de Mayo de mil novecientos sesenta y cuatro, declara infundada la demanda de nulidad de cláusulas testamentarias interpuesta a fojas tres y ampliada a fojas dieciseis por don Jacinto Salazar Suárez contra don Antonio Salazar Cueva y otros; y fundada en parte la reconvencción de fojas veintidós con lo demás que contiene; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron. **MAGUIÑA SUERO.— VIVANCO MUJICA.— PERAL.— CARRANZA.— VASQUEZ DE VELASCO.—** Se publicó.— Lizandro Tudela Valderrama.— Secretario.

Cuaderno N° 438.— año de 1966.

Procede de Junín.

---