

Para ejercitar una acción contra los herederos del deudor que no haya otorgado testamento, no se requiere declaratoria de intestado

---

*Recurso de nulidad interpuesto por don José Manuel Peñaloza en la causa que sigue con don Modesto y don Ricardo Mazuelos sobre cantidad de soles.*

Excmo. Señor:

Según consta de los instrumentos corrientes á fojas 1 y fojas 2 vuelta y fojas 5, la finada doña Balbina Montenegro de Mazuelos se obligó á pagar á don José Manuel Peñaloza la cantidad de dos mil cuatrocientos soles, hipotecando en seguridad del acreedor un fundo que la deudora poseía, en un punto llamado Samegua.

Muerta doña Balbina sin haber otorgado testamento, como aparece del certificado de fojas 20 dejando por sus nietos legítimos á don Ricardo y don Modesto Mazuelos, entraron estos en posesión del bien hipotecado, como consta de su confesión y de las declaraciones corrientes de fojas 16 vueltas á fojas 18.

Encontrándose estos en posesión de ese bien hereditario, hipotecado á favor de Peñaloza, los demandó éste para que le pagaran la deuda comprobada con los instrumentos públicos que en testimonio corren en las fojas citadas de 1 á 8.

Expedido el auto de solvendo de fojas 9, los demandados dedujeron la excepción dilatoria, que ellos calificaron de personería, negando ellos tener personería para ser demandados, por no haberse seguido el juicio de intestado y declarándose quienes eran los herederos de la referida señora, su abuela doña Balbina Montenegro.

A primera vista se comprende que esta excepción era injurídica, estaba mal calificada; y que no era regular que los demandados se aplicaran á sí mismos la falta de personería.

El Juez de primera instancia, después de haberla recibido á prueba, la desechó por el auto de fojas 24 vuelta.

La Ilustrísima Corte Superior á fojas 38 ha revocado este auto y declarado fundada, por ahora, la excepción de personería por no haberse seguido el juicio de intestado, en que se declarara quienes eran los herederos.

El Fiscal de V. E. encuentra que este auto no es legal: y cree que V. E. debe declarar la nulidad y confirmar el apelado de fojas 24 vuelta.

Ni la excepción propuesta es verdaderamente de personería ni podía ser aceptable, respecto del demandado, ni aun en la hipótesis que la excepción fuera de personería no podía haberse declarado fundada.

Son hechos comprobados que los demandados están en posesión del bien hipotecado: que ellos son nietos legítimos de la deudora; y que ésta no ha dejado otros descendientes.

El hecho de la posesión del bien hereditario importa la aceptación tácita de la herencia, á tenor de lo mandado en el artículo 755 del Código Civil que dice: acepta el heredero tácitamente entrando en posesión de la herencia.

La aceptación de la herencia impone al heredero conforme al artículo 756 del mismo Código, la obligación de pagar las deudas de la persona á quien ha heredado.

La posesión de un bien hipotecado impone también al poseedor la obligación de pagar las deudas, conforme á lo mandado en el artículo 2048, en que se establece que el acreedor puede exigir el pago del poseedor de la cosa hipotecada, usando de la acción real.

De modo, que yá se mirase á los demandados como nietos legítimos, únicos herederos forzosos de doña Balbina Montenegro, ó se les considerase como poseedores del bien hipotecado, tenían la obligación de pagar la deuda á favor de Peñaloza: ó lo que es lo mismo la obligación de comparecer en juicio y de responder del pago de esa deuda.

En su calidad de herederos forzosos no podían negarse á responder de esa deuda sino alegando que estaban dentro del tiempo para aceptar ó no la herencia.

Esta excepción no es de falta de personería, sino la de tiempo para deliberar.

Nota V. E. que no se alega que ellos no sean herederos, que ellos no hayan aceptado la herencia; sino que únicamente se dice, cosa que ha repetido

el Tribunal Superior: «Que no estando hecha la declaratoria de intestado falta la personería en los herederos».

Ciertamente que si ellos fueran actores se podría deducir esa excepción, porque entonces habría una omisión de su parte en no haber comprobado con la formalidad de título su título de heredero. Pero el caso es diametralmente opuesto. No es el acreedor quien debe pedir ese intestado: no es á él á quien la ley le dá el derecho de pedirlo. El acreedor sólo tiene que ver quién es el heredero que legalmente representa al finado, quién es el poseedor del bien hipotecado, para entablar con él la acción.

Y tan evidente es esto que no encontrará V. E. en ninguna de las disposiciones de la ley, concedida en caso semejante la excepción de personería.

Conforme á lo mandado en el artículo 623, la excepción de personería tiene lugar respecto á los incapaces, de los apoderados, procuradores, guardadores etc. que representen derechos ajenos para que acrediten su representación. En el artículo 624 la excepción de personería tiene lugar respecto del actor para que presente el documento que acredite la adquisición de una cosa demandada por título de sucesión universal ó particular.

Infundada y mal calificada la excepción propuesta por los demandados, el auto de la Ilustrísima Corte Superior que acepte esa excepción es ilegal; y por consiguiente V. E. debe declarar la nulidad,

confirmando el de primera instancia de fojas 24 vuelta.

Lima, agosto 21 de 1886.

ARANÍBAR.

---

*Lima, agosto 24 de 1886.*

Vistos: de conformidad con lo expuesto por el señor Fiscal y por los fundamentos de su dictamen que se reproducen, declararon haber nulidad en el auto de vista de fojas 38 su fecha 16 de febrero, próximo pasado; reformándolo confirmaron el de primera instancia de fojas 24 vuelta, por el que se declara sin lugar el artículo sobre personería, deducido por don Ricardo y don Modesto Mazuelos; y los devolvieron.

*Muñoz. -- Sánchez. -- Chacaltana. -- Alvarez. -- Mariátegui. -- Loayza. -- Guzmán.*

Se publicó conforme á la ley, de que certifico.

*Juan E. Lama.*

Procede de Arequipa. — Cuaderno N.º 155.

---