

La facultad y el deber de los Tribunales, de anular lo actuado con defectos esenciales, debe ejercerse en la primera vez que, después de ellos, conozcan de la causa.

*Recurso de nulidad interpuesto por doña María Mercedes Pando en la causa que sigue con doña Carmen Erquiaga viuda de Zavala sobre cantidad de soles.
— Procede de Lima.*

DICTAMEN FISCAL

Excmo. señor:

El finado don Juan José Zavala compró a plazos, durante su matrimonio, una hacienda, que había empezado a pagar a su fallecimiento, y continuó pagando su viuda doña Carmen Erquiaga. Doña María Mercedes Pando, cesionaria del vendedor por dos dividendos del precio, ha demandado a la viuda, que alega como excepción perentoria la falta de entrega de una parte del fundo. Antes adujo, entre otras dilatorias, la de no ser parte por no ser ella heredera de su marido, sino los hermanos de éste, ausentes en lugares desconocidos (escrito de fojas 7). En el auto ejecutoriado de fojas 26 la Ilustrísima Corte Superior declaró que la excepción de no parte era de irresponsabilidad, y debía reservarse para la sentencia; pero cuando esta ha llegado a su conocimiento, ha anulado todo el juicio por falta de citación de aquellos herederos.

Según esto, el caso está comprendido en el artículo 1649 C. E. y confirma al 1733 inciso 2º, procede el recurso de nulidad.

La facultad y el deber de los Tribunales, con arreglo al artículo 1749, de anular lo actuado con defectos esenciales, debe ejercerse en la primera vez que después de ellos conozcan de la causa. Si callan a pesar del terminante precepto del citado artículo, aprueban implícitamente la tramitación y crean ejecutoria a ese respecto, salvando a los litigantes de los inponderables perjuicios del retroceso. Ahora, si la ejecutoria es explícita, como la mencionada de fojas 26, no cabe duda de que debe respetarse aunque se descubra tarde algún motivo de nulidad.

Aun prescindiendo de esta consideración, si la Pando demanda a la viuda y no a la testamentaria de Zavala, no hay necesidad de citar a los demás representantes de ésta, que no tienen, según la demandante, los mismos motivos de obligación para con ella, y a quienes no puede perjudicar este juicio, conforme al artículo 1635. Además, el 2179 C. C. dice que pasado el término legal de la aceptación de una herencia indivisa, los herederos presentes pueden ser demandados como los *únicos* representantes del difunto. La señora Erquiaga no es heredera, pero es condómina en la hacienda, por gananciales, y según el artículo 2188, todos los que tienen derecho a una cosa común están sujetos a las disposiciones de ese título, incluso por supuesto las del artículo 2179. Ella ha debido ser, pues, como lo ha sido, la única citada porque se ignora hasta la actual existencia de los herederos. Se entiende en la hipótesis de que la acción

sea idéntica contra todos; pero siendo distinta, cualquier inconveniente de la cosa juzgada desaparece con los preceptos del artículo 636 y del referido 1635 C. E.

Por tales razones opina el que suscribe, que este Supremo Tribunal puede servirse declarar insubsistente el auto de vista de fojas 112 vuelta, y ordenar al Superior que absuelva el grado; salvo el mejor acuerdo de VE.

Lima, julio 25 de 1896.

Vega.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 20 de abril de 1897.

Vistos: de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, declararon *nulo* el auto de vista de fojas ciento doce vuelta, su fecha diez y ocho de abril del año próximo pasado por el que se declara insubsistente la sentencia de primera instancia y nulo todo lo actuado; mandaron que la Iltna. Corte Superior proceda a absolver el grado, confirmando o revocando; y los devolvieron.

Sánchez. — Guzmán. — Vélez. — Espinosa. — Corso. — Lama. — Solar.

Se publicó conforme a ley.

Luis Delucchi.

Causa N° 119. — Año 1896.