



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

Sumilla: En el caso de autos, habiéndose extinguida el régimen de copropiedad existente, en virtud de la partición convencional derivado de contrato privado de fecha 05 de febrero de 1993 celebrado entre todos los herederos del predio sub Litis, debe desestimarse la demanda de retracto incoada.

Lima, treinta de noviembre

Del dos mil veinte.-

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.

VISTA; la causa número cuatro mil cuatrocientos cuarentidós- dos mil diecinueve en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; luego de verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente resolución.

RECURSO DE CASACION: Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas 618 por Carmela Chávez Eguizabal, contra la sentencia de vista de fecha 05 de abril de 2019, obrante a fojas 596, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia apelada de fecha 15 de enero del 2015 que declara fundada la demanda de retracto.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución del 29 de octubre del 2019, por la causal prevista en el artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil, por la que se denuncia: **i) Apartamento Inmotivado del IX Pleno casatorio civil, recaído en el Expediente N° 4442-2015-Moquegua,** sostiene que se han apartado del precedente número 3, puesto que la decisión adoptada por la mayoría se ha sustentado en la consideración de



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

que el acto de división y partición celebrado el 05 de febrero de 1993 resulta manifiestamente nulo, sin embargo este asunto -la nulidad de tal acto jurídico- ha sido declarado por el órgano jurisdiccional tácitamente en la sentencia impugnada, sin que ello se incorporara como pretensión dentro del proceso, es decir, se ha tratado del ejercicio de una calificación que el colegiado superior ha atribuido a tal negocio jurídico de oficio, pues no fue objeto de pretensión, y que por tanto, debió observar las reglas previstas en el precedente, que exigían que **a)** el órgano jurisdiccional declare la nulidad en su fallo y; **b)** promueva previamente el contradictorio entre las partes con relación al asunto, empero, la sala no ha cumplido ni lo uno ni lo otro, puesto que en el fallo no se ha declarado la nulidad de oficio del acto de división y partición celebrado el 05 de febrero de 1993, limitándose únicamente a expresarla tácitamente en sus consideraciones; **ii) infracción normativa procesal de los incisos 3 y 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú**, aduce que se afecta el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, puesto que la sentencia de vista se sustentó fundamentalmente en la consideración de que el acto de división y partición celebrado el 05 de febrero de 1993, resulta manifiestamente nulo, no obstante, el órgano jurisdiccional no puso en aviso a las partes en relación a que su decisión giraría en torno a tal asunto –nulidad de dicho negocio jurídico- a efecto de permitir el ejercicio del derecho de defensa sobre la base del contradictorio; **iii) infracción normativa del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, concordado con el inciso 3 del artículo 12 del código procesal civil**, refiere que la sentencia de vista que es objeto de impugnación no se ha formado sobre la base de un solo voto, sino de la adición del voto del juez ponente y el voto singular de dos jueces adherentes. En el voto singular se ha incorporado una propuesta teórica que toma como punto de partida la distinción entre la titularidad del derecho de propiedad y una categoría jurídica que las magistradas denominan “capacidad jurídica de disposición” y sostienen que para poder disponer de



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

un bien no basta con ser titular del derecho de propiedad sobre el bien, sino que necesita también ostentar capacidad de disposición; sin embargo, olvidan indicar expresamente cual es la norma de nuestro ordenamiento jurídico que sustenta esta particular propuesta teórica, incurriendo en una motivación aparente; **iv) infracción normativa material del artículo 660 del código civil**, aduce que esta disposición legal prevé con toda claridad que la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia del causante, se transmiten a sus sucesores desde el momento de la muerte de este; sin embargo, la sala superior considera erradamente que esta transmisión no se produce en ese momento, sino cuando se declara su sucesión intestada, por lo que cabría preguntarse ¿ si el criterio de la sala superior es correcto, que condición tienen los bienes del fallecido entre el momento de su muerte y la fecha en que se declara su sucesión intestada?. Es claro que el criterio expuesto en la sentencia de vista es abiertamente contradictoria a lo normado por el artículo 660 del código civil, puesto que de acuerdo con lo estipulado por esta disposición legal los bienes conformantes de la herencia dejada por la extinta Ana Pachas Elguera pasaron a ser de propiedad de los herederos desde el momento en que ella falleció, mientras que para la sala superior eso no ocurrió hasta que se produjo la declaración la sucesión intestada de aquella; y, **v) infracción normativa material del artículo 853 del código civil, concordado con el artículo 144 del mismo cuerpo normativo**, aduce que la sentencia de vista atribuye indebidamente la formalidad prevista en el artículo 853 del código civil el carácter *ad solemnitatem* a pesar de que su texto no sanciona la omisión de su observancia con la nulidad del acto de división y partición, sin embargo, este criterio contraviene la naturaleza jurídica de la formalidad que tal disposición recoge, la cual al carecer de sanción de nulidad expresa tiene carácter únicamente probatorio. La imposición de forma escritural para la partición no ha sido prevista bajo sanción de nulidad y por tanto se trata



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

de una forma *ad probationem* y no una formalidad *ad solemnitatem* como erradamente lo ha considerado la Sala.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, antes de absolver las denuncias postuladas por la recurrente conviene hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso. En tal sentido, es de apreciar que a fojas 43, Dominga Pilar Rodríguez Pachas, interpone demanda de retracto, contra Antonia Agripina Rodríguez Pachas y Sergio Chávez Eguizabal, solicitando subrogarse en lugar del demandado comprador respecto del contrato de compraventa de acciones y derechos y acciones de fecha 16 de abril del 2012, otorgada por la vendedora demandada en relación al bien inmueble ubicado en el Lote 15, de la Mz. 8, Zona "A" (actualmente Av. Los Héroes No. 361), Urbanización Ciudad de Dios, distrito de San Juan de Miraflores, provincia y departamento de Lima. Señala que junto a la demandada Antonia Agripina Rodríguez Pachas y sus hermanos son copropietarios del inmueble antes referido, habiendo adquirido por compraventa de sus hermanos la mayoría de los derechos y acciones que en su oportunidad les correspondía, sin embargo, la demandada ha procedido a enajenar sus derechos y acciones respecto del citado bien al codemandado Sergio Chávez Eguizabal sin previamente comunicarle, pese estar obligada a otorgar por escrito de fecha cierta a los condóminos un plazo de 30 días a efectos de comunicar su real voluntad, hecho que finalmente no ha ocurrido, tomando conocimiento de la citada venta recién el 24 de julio del 2012. Agrega que a la demandada no le era ajena ni desconocida su condición de propietaria del referido inmueble por cuanto entre otros aspectos, señala que con fecha 05 febrero 1993 sus hermanos Jaime Arbieto Pachas, Wilson Gómez Pachas, Antonia Agripina Rodríguez Pachas, Dominga Pilar Rodríguez Pachas y Luis Simón Rodríguez



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

Pachas, suscribieron de común acuerdo un contrato privado en virtud del cual los suscritos se reconocieron iguales derechos de copropiedad sobre el bien inmueble objeto en Litis, dando fin al régimen de copropiedad, además como consta en la cláusula tercera del mismo documento no se había efectuado la declaratoria de herederos de su causante Ana Pachas Elguera.

SEGUNDO: Que, valoradas las pruebas y compulsados los hechos expuestos por las partes, en rebeldía de los demandados, mediante sentencia de primera instancia de fecha 15 de enero del 2015 se declara fundada la demanda de retracto. El juez de la causa considera en esencia que del contrato de compra venta de fecha 16 de abril de 2012, la demandada Antonia Agripina Rodríguez Pachas transfiere sus acciones y derechos que sobre el inmueble materia de Litis le pertenecían a favor de Sergio Chávez Eguizabal, lo cual a su vez fue inscrito en el Asiento 00006 de la Partida N° P03169612, con fecha 27 de junio del 2012; siendo esto así el juez establece que a esa fecha, la actora tenía la condición de copropietaria del inmueble materia de litigio toda vez que había adquirido mediante contrato de compra venta de fecha 09 de abril del 1985, parte de las acciones y derechos de dicho inmueble, por lo que tiene derecho de preferencia para adquirir las acciones y derechos que corresponde al inmueble del cual es copropietaria al haberse configurado la causal contenida en el inciso 2° del artículo 1599° del Código Civil para acceder al retracto a su favor; asimismo, establece que habiendo la actora manifestado haber tomado conocimiento de la transferencia objeto de demanda, de manera fortuita el día 09 de julio del 2012, y habiendo interpuesto la demanda con fecha 08 de agosto del mismo año, se encuentra dentro del plazo señalado en la segunda parte del artículo 1597° del Código Civil, toda vez que los demandados no han acreditado de modo alguno que a la demandante se le haya puesto en su



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

conocimiento de la transferencia, o que haya tomado conocimiento de otro modo, antes de la fecha indicada, por lo que considera interpuesta la demanda dentro del plazo legal respectivo, sobre todo si la transferencia objeto de proceso fue inscrito con fecha 27 de junio del 2012. De otro lado, el ad quo establece que la accionante ha cumplido con consignar, al momento de interponer la demanda, la suma de S/. 50,000.00 soles, correspondiente al valor del precio del inmueble, así como el monto de S/. 400.00 nuevos soles, por concepto de Impuesto de Alcabala, cumpliendo con ello al reembolso del precio pagado por el comprador, con lo cual acredita haber cumplido con los requerimientos dispuestos en la segunda parte del artículo 1592° del Código Civil.

TERCERO: Que, apelada la resolución de grado, la sala superior mediante sentencia de vista de fecha 05 de abril del 2019 confirma la sentencia apelada al establecer del contenido del documento denominado Constancia de Documento Privado de fecha 05 de febrero de 1993, que a la fecha de suscripción del referido documento, los signatarios no eran titulares copropietarios respecto del inmueble materia de controversia. No obstante ello, convinieron en poner fin al condominio de hecho que existía entre ellos y deciden dividirse el inmueble. En consecuencia, el ad quem considera que el referido acto jurídico deviene en ineficaz. no solo porque a la fecha de su celebración, los suscribientes no eran titulares legales del inmueble, disponiendo un bien inexistente en su patrimonio, sino por cuanto además, pese a que el inmueble se encontraba inscrito, dicho acto jurídico fue suscrito por documento privado, por lo que al no observarse la formalidad debida del artículo 853 del código civil, la sala superior considera que dicho documento deviene en uno manifiestamente nulo, por tanto, la calidad de copropietarios de la demandante Dominga Pilar Rodríguez Pachas como la codemandada Antonia Agripina Rodríguez Pachas respecto del bien sub Litis se encontraba vigente, por lo que ésta



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

última estaba en la obligación legal de notificar a la primera de su interés de transferir sus acciones y derechos, no acreditando la codemandada haber cumplido con poner en conocimiento a la demandante el contrato de compraventa materia de Litis. En tal sentido, se establece que el cómputo del plazo de los 30 días debe iniciarse a partir del 09 de julio del 2012, fecha en que la actora refiere haber tomado conocimiento de la transferencia sub Litis cuando acude a las oficinas de la SUNARP y solicita la Copia Literal de la Partida Electrónica N° P03169612, donde se inscribió la compraventa, afirmación que por lo demás no ha sido desvirtuada por la demandada, siendo esto así, al haber interpuesto la actora su demanda, con fecha 08 de agosto del 2013, se determina que la retrayente ha ejercido su derecho dentro del plazo establecido por el primer párrafo del artículo 1597° del Código Civil. Por lo demás, se establece que la demandante ha cumplido con consignar el precio pactado en la compraventa materia de retracto, más sus correspondientes gastos notariales e impuestos de alcabala, cumpliendo así con los presupuestos que la ley exige para subrogarse válidamente en el lugar de la compradora, en el contrato de compraventa de su referencia.

CUARTO: En el presente caso, se ha declarado procedente el recurso de casación por las causales de infracción de normas de derecho material y procesal, teniendo en cuenta ello, es de advertirse que conforme lo dispone el artículo 396 del Código Procesal Civil, cuando se declara fundado el recurso de casación por la causal de infracción normativa de orden procesal se debe devolver el proceso a la instancia inferior para que emita un nuevo fallo, mientras que si se declara fundado el recurso por la causal de infracción normativa material, la Sala Suprema actuando en sede de instancia deberá resolver el conflicto según su naturaleza. Es por ello, que la revisión de las causales por las que ha sido declarado



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

procedente el recurso de casación debe comenzar por el análisis de la infracción normativa de naturaleza procesal.

QUINTO: Que, analizando el recurso de casación por la causal de infracción normativa procesal, es necesario señalar, en principio, que la recurrente denuncia la infracción de los incisos 3 y 14 del artículo 139 de la Constitución Política, referidos al debido proceso y al derecho de defensa (**apartado ii**). El derecho al debido proceso está concebido como la correcta observancia de todas las garantías, principios y normas de orden público que regulan el proceso como instrumento adecuado para la emisión de las decisiones jurisdiccionales. Por su parte, el derecho de defensa es aquel derecho fundamental que garantiza que toda persona, natural o jurídica, sometida a un proceso jurisdiccional, cualquiera que sea la materia de que este se trate, no pueda quedar en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos¹.

SEXTO: En el presente caso, la censura postulada por la recurrente, se encuentra destinado a señalar que la Sala Superior habría sustentado su decisión sobre la base fáctica de considerar que el contrato privado de división y partición de fecha 05 de febrero de 1993, resulta manifiestamente nulo, sin habersele permitido ejercer el derecho al contradictorio en relación a dicho argumento, conforme a la regla 03 del precedente contenido en el sexto pleno casatorio civil, es decir, la recurrente considera que no se le habría permitido contradecir la postura

¹ Expediente N° 6648-2006-HC/TC. FJ. 4



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

adoptada por el ad quem y por consiguiente ejercer de manera irrestricta su derecho de defensa.

SEPTIMO: Que, de la revisión de la sentencia de vista en cuanto al argumento antes señalado, se aprecia que el ad quem ha establecido que al tratarse el presente caso de una partición convencional sobre un bien inscrito en registros públicos, todos los herederos debieron previamente celebrar una escritura pública, por lo que al no cumplirse con esta formalidad dicho acto jurídico constituía un acto manifiestamente nulo por aplicación del artículo 853 del código civil. Del análisis de la citada norma material, se aprecia de primera intención que la misma no sanciona con nulidad la omisión en cuanto a la formalidad de la partición. En efecto, el artículo 853 del código material establece que: *“cuando todos los herederos son capaces y están de acuerdo en la partición, se hará por escritura pública tratándose de bienes inscritos en registros públicos. En los demás casos, es suficiente documento privado con firmas notarialmente legalizadas.”*

OCTAVO: Nótese sobre el particular que si bien la norma sustantiva acotada exige que para el caso de una partición convencional respecto de un bien inscrito en registros públicos, como el caso de autos, resulta exigible que todos los herederos suscriban una escritura pública; sin embargo, cabe precisar, que la citada norma no sanciona con nulidad la inobservancia de dicha formalidad, por lo que debe entenderse entonces que se trata de una formalidad *ad probationem*, lo que significa por consiguiente que la ausencia de dicha formalidad no podía afectar la validez del acto jurídico, ni originar la nulidad del mismo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 144 del código civil que dispone que: *“cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto”*.



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

NOVENO: En ese contexto, si bien el razonamiento del tribunal de alzada resulta desacertada, sin embargo, dicha argumentación no constituye afectación al derecho de defensa o al debido proceso de la recurrente por constituir una alegación irrelevante que no tiene mayor trascendencia dentro de la Litis al resultar evidente que la norma contenida en el artículo 853 del Código Civil no prevé una sanción de nulidad expresa o manifiesta frente al posible incumplimiento en la formalización por escritura pública de la partición convencional efectuada; en ese sentido, al no haberse previsto en el precitado artículo 853 formalidad *ad solemnitatem* para la celebración del citado contrato privado de partición sino la formalidad *ad probationem*, por aplicación del artículo 144 del Código Civil, el instrumento que contiene la partición, será un medio probatorio destinado a establecer la existencia del acto.

DECIMO: En esa misma línea, este Supremo Tribunal ha señalado en anterior oportunidad que: “Los actos jurídicos pueden tener forma *ad solemnitatem* o *ad probationem* pero difieren en sus efectos. En lo que respecta a la primera de las indicadas, se tiene que el acto jurídico será válido si se cumple con la forma establecida en la ley, es decir, que el documento es consustancial al acto, éste no puede existir sin el documento y la ausencia o defecto de la forma determina la invalidez del acto jurídico porque la forma la dota de eficacia. En cambio, la segunda, no es consustancial al acto jurídico, en tanto, que éste puede existir sin el documento. Acto jurídico y documento son perfectamente separables, el uno puede existir sin el otro, de tal manera que, la ausencia o defecto de la formalidad no generará la nulidad del acto jurídico, el mismo que tendrá validez, pues, sólo documenta la declaración de voluntad. Sólo sirve como medio de prueba del acto jurídico”².

² Casación N° 4916-2006. Lima.



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

DECIMO PRIMERO: Por su parte, Vidal Ramírez³ sostiene lo siguiente: la forma ad probationem es la que tiene por única finalidad probar la existencia del acto jurídico, pero sin que el documento sea consustancial al acto. Vale decir, entonces, que el acto y el documento, cuando la forma es ad probationem, son dos entidades jurídicas distintas, separables, y que el acto puede existir independientemente del documento, pues si el documento se deteriora y se pierde la prueba de la existencia del acto puede hacerse utilizando cualquier otro medio probatorio. Siendo esto así, si bien el citado artículo 853 del código civil establece como formalidad de la partición convencional la escritura pública, sin embargo, su inobservancia no será sancionada con nulidad, lo que significa entonces que la ausencia en la formalidad señalada no será consustancial a la mencionada partición. Por las razones antes señaladas, no se llega a advertir la infracción normativa procesal denunciada en este apartado.

DECIMO SEGUNDO: Que, entrando al análisis de la denuncia contenida en el **apartado i)**, se aprecia en primer término que la recurrente denuncia el apartamiento inmotivado del noveno pleno casatorio civil en su precedente número 3, por cuanto, según refiere, el ad quem habría considerado que el acto celebrado el 05 de febrero de 1993 resulta ser manifiestamente nulo sin haber promovido previamente el contradictorio entre las partes en relación a dicho asunto. En relación a este apartado, este Supremo Tribunal considera que no existe el apartamiento inmotivado que denuncia, habida cuenta que la nulidad manifiesta no se verifica en el presente caso en tanto que, como se ha dejado anotado en considerandos precedentes, la norma contenida en el artículo 853 del Código Civil, no sanciona con nulidad la inobservancia en cuanto a la falta de formalización vía escritura pública de dicho contrato privado de

³ En Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo I. Gaceta Jurídica. Pg. 613



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

partición en aplicación del artículo 144 del Código Civil que determina que cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituirá solo un medio de prueba de la existencia del acto. Por cuyas razones, la denuncia en este apartado deviene también en desestimable.

DECIMO TERCERO: Que, en cuanto a la infracción normativa procesal denunciada en el **apartado iii)**, se aprecia que la impugnante acusa afectación al principio de motivación en las resoluciones judiciales en relación a los argumentos del voto singular expedido por las magistradas superiores Martínez Maravi y Vidal Ccanto, por cuanto, según refiere, habrían olvidado indicar la norma expresa que sustenta su argumento en cuanto a que para poder disponer de un bien no basta con ser titular del derecho de propiedad sobre él, sino que necesita también ostentar capacidad de disposición.

DECIMO CUARTO: Antes de ingresar al análisis de la infracción normativa antes señalada, conviene al caso señalar que el artículo 143 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conceptúa el voto singular en los siguientes términos: *“si alguno de los vocales no considera suficientes los fundamentos de resolución o discrepa de ellos pero no de su sentido, debe firmar la resolución y fundamentar por escrito su voto singular”*. De lo anterior, se razona que el voto singular consiste en la indicación que debe efectuar el magistrado (superior o supremo) cuando encontrándose conforme con el sentido de la decisión judicial adoptada por el voto en mayoría, sin embargo, disiente de alguno de los argumentos de hecho y de derecho señalados en ella, procediendo por consiguiente a expresar por escrito los argumentos que considera pertinentes.



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

DECIMO QUINTO: En el presente caso, se advierte que los argumentos del voto singular de las citadas magistradas superiores se encuentran en su segundo considerando cuando señalan lo siguiente: *“(....) la apertura de la sucesión, momento en la que la herencia se transmite a los herederos, se da desde el momento del fallecimiento del causante. Dicho razonamiento tiene sustento normativo, pues el artículo 660 del Código Civil prescribe que “Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”. Siendo ello así, los herederos son titulares de los derechos sobre los bienes que constituyen la herencia. Es decir, en el caso de autos, los suscribientes del citado documento sí eran titulares (en copropiedad) sobre el bien inmueble materia de retracto pese a que aún no habían obtenido la declaración de herederos de su causante. Sin embargo, lo que sí resulta cierto es que aún no se encontraban en capacidad de ejercitar ese derecho, esto es, no podían realizar acto jurídico alguno respecto de ese derecho (propiedad) que habían adquirido, precisamente porque aún no tenían la Declaratoria de Herederos”.*

DECIMO SEXTO: De los fundamentos del voto singular arriba descritos, no se advierte afectación al principio de motivación desde que las magistradas superiores Martínez Maravi y Vidal Ccanto han expresado las razones de hecho y de derecho, que a su consideración resultan pertinentes, al haber establecido sobre la base normativa del artículo 660 del Código Civil que si bien quienes suscribieron el contrato privado resultaban ser titulares en copropiedad del bien inmueble materia de retracto, sin embargo, aún no se encontraban en capacidad de disponer del citado inmueble al no haber efectuado la declaratoria de herederos correspondiente; en ese sentido, se advierte que lo pretendido por la recurrente es discrepar sobre aspectos en la argumentación fáctica y



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

jurídica desarrollada en el voto singular, lo que resulta inviable en atención a la naturaleza del recurso de casación; por cuyas razones, la causal denunciada en este apartado deviene también en desestimable.

DECIMO SEPTIMO: Entrando al análisis de la infracción normativa material del artículo 660 del código civil descrita en el **apartado iv)**, se advierte que la recurrente sostiene en concreto que la sala superior habría incurrido en error al considerar que la transmisión de los bienes a los sucesores no se produce a la muerte del causante sino cuando se declara la sucesión intestada. Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 660 del código material establece que desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. Ahora bien, resulta evidente que la norma *en comento* reconoce el derecho de los sucesores, a partir del momento de la muerte de una persona, a recibir los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia, situación jurídica que en el presente caso se encuentra materializada con el multicitado documento privado de fecha 05 de febrero de 1993, por el que los copropietarios de manera unánime decidieron poner fin al condominio de hecho existente entre las partes, acordando la división y partición convencional del predio sub materia en aplicación del artículo 986 del Código Civil, de lo que se razona entonces que los copropietarios a mérito de la transmisión sucesoria decidieron válidamente poner fin a dicho régimen de indivisión como en efecto acontece en el presente caso; de lo que se razona entonces que no se llega a verificar la infracción normativa del artículo 660 del código civil.

DECIMO OCTAVO: En cuanto a la denuncia contenida en el **apartado v)**, habiendo quedado establecido en considerandos precedentes de la presente resolución que si bien el artículo 853 del Código Civil exige, para el caso de una partición convencional respecto de un bien inscrito en



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

registros públicos, que todos los herederos suscriban una escritura pública, sin embargo, se ha precisado también que dicha omisión no se sanciona con nulidad, al tratarse de una formalidad *ad probationem* y *no ad solemnitatem*, constituyéndose por tanto en un medio probatorio destinado a establecer la existencia del acto jurídico, en atención a lo dispuesto en el artículo 144 del código civil. En ese sentido, de la revisión integral de las cláusulas contractuales del citado contrato privado se advierte la existencia de una partición convencional en los términos que propone el artículo 986 del Código Civil⁴ dado que de los términos de dicho documento privado se advierte que se ha procedido a efectuar una división y partición de manera proporcional y detallada respecto a cada copropietario, señalándose en específico el área que debía corresponder a cada uno de los herederos.

DECIMO NOVENO: Que, en efecto, del análisis integral del documento privado de fecha 05 de febrero de 1993, se advierte que los hermanos Jaime Arbieto Pachas, Wilson Gómez Pachas, Antonia Agripina Rodríguez Pachas, Dominga Pilar Rodríguez Pachas y Luis Simón Rodríguez Pachas declaran que siendo concedores de sus derechos hereditarios, han decidido poner fin al condominio de hecho que existe entre ellos, decidiendo dividirse el inmueble ubicado en la Avenida Los Héroes N° 361, Urbanización Ciudad de Dios, distrito de San Juan de Miraflores en los términos que allí se acuerda (ver cláusulas primera, cuarta y quinta de dicho documento).

VIGESIMO: De lo anterior se llega a razonar meridianamente que los contratantes de dicho documento privado, entre ellos, la demandante Dominga Pilar Rodríguez Pachas y la demandada Antonia Agripina Rodríguez Pachas por mutuo acuerdo, conjuntamente con los demás

⁴ Artículo 986 del código civil: "los copropietarios pueden hacer partición por convenio unánime. La partición convencional puede ser hecha mediante sorteo".



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

herederos, acordaron dividir el predio sub materia, señalando de manera expresa y detallada las áreas en metros cuadrados que debería corresponder a cada heredero, conforme se llega a verificar de la cláusula quinta del citado medio probatorio.

VIGESIMO PRIMERO: Arata Solís⁵, comentado sobre la citada norma sustantiva, refiere lo siguiente: *“podemos afirmar que el legislador de 1984 ha considerado a la partición como un negocio patrimonial de carácter dispositivo en la medida que el régimen que se establecerá en su virtud tendrá por objeto regular la forma de permutar cada copropietario en favor del resto, la titularidad individual que le corresponde sobre los específicos bienes que no se le adjudiquen por las titularidades individuales de los demás la transferirán sobre aquel o aquellos que si le sean adjudicados. De allí la necesidad de que el acuerdo particional sea adoptado por unanimidad, puesto que al ser cada copropietario titular de la integridad de los bienes comunes en función o proporción de sus respectivas cuotas, ellos habrán de sopesar las ventajas que adquirirán o dejaran de adquirir con los bienes que les sean adjudicados y los que no lo sean.”*

VIGESIMO SEGUNDO: Nótese que en este caso la norma en comento no exige para su formalización mayor exigencia que el acuerdo convencional unánime entre todos los herederos para que se efectivice la partición. En tal sentido, como refiere el citado autor en cuanto a la forma de efectuar la partición, el Código Civil no ha señalado que deba de observarse tal o cual forma, se trata entonces de un negocio jurídico con libertad de forma, siendo que los copropietarios pueden elegir la que más les convenga, incluso la partición podría ser verbal.

⁵ En Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo V. Gaceta Jurídica. Pg. 557



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

VIGESIMO TERCERO: Por consiguiente, evaluando el medio probatorio consistente en la “Constancia de Documento Privado” de fecha 05 de febrero de 1993, suscrito entre todos los herederos de la causante Ana Pachas Elguera, se aprecia razonablemente que dicho documento constituye una partición convencional según lo señalado en el artículo 986 del código civil, habiéndose arribado a dicha conclusión luego de evaluar dicho medio probatorio de manera razonada en aplicación del artículo 197 del Código Procesal Civil, debiéndose agregar por lo demás que dicho medio de prueba no ha sido materia de cuestionamiento ni observación por las partes durante el decurso del proceso, tanto más, cuando de los términos de la demanda incoada se connota que la accionante reconoce de manera expresa haber suscrito dicho documento privado conjuntamente con sus demás hermanos, acordando poner fin al régimen de copropiedad existente entre ellos, por lo que constituye declaración asimilada a tenor de lo dispuesto en el artículo 221 del Código Procesal Civil; por cuyas razones se llega al convencimiento que dichos medios probatorios crean suficiente convicción y certeza a este Supremo Tribunal para efectos de dilucidar la presente controversia.

VIGESIMO CUARTO: Siendo esto así, advirtiéndose por consiguiente que las partes han decidido poner fin al régimen de copropiedad existente entre las partes, mediante acuerdo convencional unánime de fecha 05 de febrero de 1993, decidiendo la división y partición del predio sub materia, resulta notorio que el derecho de retracto reclamado por la accionante no tiene asidero legal alguno al no tener la demandante la calidad de copropietaria por haberse extinguido esta figura jurídica en virtud del citado contrato privado. Por las razones antes señaladas, no se configura la causal de infracción normativa material del artículo 853 del código civil, resultando por tanto de aplicación al presente caso el artículo 986 de la acotada norma material, por las razones antes señaladas.



**CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL TRANSITORIA**

**CASACION 4442-2019
LIMA
RETRACTO**

Por estas consideraciones: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Carmela Chávez Eguizabal; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fecha 05 de abril del 2019; y actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de primera instancia de fecha 15 de enero del 2015 que declara fundada la demanda de retracto; y **REFORMANDOLA** declararon **IMPROCEDENTE** la citada demanda. **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en los seguidos por Dominga Pilar Rodríguez Pachas contra Antonia Agripina Rodríguez Chávez y otro, sobre Retracto; y los devolvieron. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Romero Díaz.-

S.S.

ROMERO DÍAZ

CABELLO MATAMALA

AMPUDIA HERRERA

LÉVANO VERGARA

RUIDÍAS FARFÁN

UCC