

**El cargo de defensor de herencia, conferido en razón de la persona, no puede transferirse ni sustituirse. La omisión de esta regla de procedimiento acarrea nulidad.**

#### DICTAMEN FISCAL

Señor:

Doña María Teresa Zúñiga vda. de Calmell, recurre de la sentencia expedida por la Corte Superior de Ayacucho, que confirmando la de Primera Instancia de fs. 439 declara fundada la demanda interpuesta por don Humberto Vasallo y otros contra la referida Zúñiga vda. de Calmell y otros; y en consecuencia nulo y sin ningún valor el contrato celebrado entre don Braulio Zúñiga y don Javier Calmell del Solar, por escritura pública otorgada el 21 de marzo de 1927 ante el Notario Romero, de Huancayo, a mérito del cual el 1º vendía al 2º el fundo "Vista Alegre o Catute"; que los demandados paguen los frutos percibidos a partir de la notificación con la demanda; e infundada la reconvencción y las excepciones de prescripción de acción y de dominio, y de naturaleza de juicio deducidas por los mismos.

A fs. 268 y sgts. consta que la causante de los actores, doña Mercedes Barbarán v. de Vasallo, siguió juicio ejecutivo sobre cobro de soles contra Braulio Zúñiga, y que, en ejecución de la sentencia recaída en ese juicio, se sacó a remate el fundo embargado. Buena Vista o Catute y se le adjudicó a la ejecutante, por escritura pública otorgada por el Sr. Juez de Primera Instancia de Ayacucho, con fecha 25 de noviembre de 1931, habiéndose remitido los partes correspondientes al R.P.I., para la respectiva inscripción.

Es de advertir que se decretó embargo preventivo, sobre el referido bien, y que la medida se anotó, preventivamente en el R.P.I., con fecha anterior a la de la compra-venta celebrada entre Zúñiga y Calmell del Solar.

Las declaraciones corrientes a fs. 160—178; 184—199; 185—185 v.; 191—199; 211 a 212 v., algunas de ellas emanadas de personas que trabajaron en el fundo en condición de conductores del mismo —en sus diversas secciones— acreditan que desde que se celebró la compra-venta, consiguiente al remate, referido más arriba, la causante de los actores, poseyó el fundo y lo aprovechó, a título de propiedad hasta su fallecimiento ocurrido el año 1941, y que su anterior

propietario Braulio Zúñiga lo abandonó, a raíz del juicio que se le había seguido, y dió origen al remate.

Las partes están acordes en que Braulio Zúñiga fué padre político de Luis Javier Calmell del Solar, vendedor y comprador del fundo. Consta del testimonio de fs. 230, otorgado ante el Notario Romero, de Huancayo, que el contrato contenido en ella se celebró el 21 de marzo de 1927. La demanda interpuesta por la v. de Vasallo, fs. 270, tiene fecha 18 de marzo de 1899, el auto de solvendo, recaído en la misma es de 28 del mismo mes y año y lo es también, el que ordena pasar partes al R.P.I., para la inscripción del embargo ordenado por el Juez; de manera, que, dado el parentesco existente entre los contratantes y su grado de cultura, y condición social, resulta inadmisibile que el comprador ignorara la existencia del juicio y la medida precautoria que aseguraba sus resultados; y si esto es así, los contratantes a que se refiere este párrafo, han obrado de mala fe, con el objeto de burlar un legítimo derecho de la acreedora.

Corroboran esta conclusión otros hechos: no se explica, por qué, habiéndose celebrado la compra-venta en 1927, se la haya mantenido oculta, y sólo se haya inscrito 21 años después, y ya cuando el Ministerio de Agricultura había otorgado título de propiedad a favor de Calmell del Solar. Y no se explica, tampoco, cómo, Braulio Zúñiga que había vendido el fundo en 1927, dirigiera el telegrama de fs. 285 v. al Sr. Juez de Primera Instancia de Ayacucho, con el título de propietario del fundo ya enajenado. Y no puede dejar de apreciarse, aunque sólo a título de ilustración lo actuado a fs. 3127 y sgts. sobre impugnación de la firma puesta por el presunto vendedor en la escritura de compra-venta.

Por último, atenta la disposición contenida en el art. 3 y 7 de la L.R.P.I., y su reglamento, vigentes en la época en que se celebró el contrato, no puede oponerse a terceros, el dominio total o parcial a derechos reales, si no están debidamente inscritos, y en consecuencia, estando inscrito el dominio de la v. de Vasallo, con anterioridad al de Calmell del Solar, el derecho invocado por éste, no puede oponerse al invocado por aquélla, debidamente inscrito, en su oportunidad.

Por las razones invocadas anteriormente es infundada la reconvencción que formulan los demandados, como lo son también las excepciones deducidas por los mismos.

NO HAY NULIDAD.

Salvo mejor parecer.

Lima, 27 de diciembre de 1962.

VELARDE ALVAREZ.

**RESOLUCION SUPREMA**

Lima, dos de mayo de mil novecientos sesentitres.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que el defensor de herencia carece de facultad para transferir la personería que inviste por razón del cargo que judicialmente se le ha conferido; que del acta de fojas doscientas veintinueve aparece que don Max Carrera Alvarado que fue nombrado defensor de las herencias de don Braulio Zúñiga y de don Javier Luis Calmell del Solar sustituye dicho cargo en favor de don Pastor Núñez Montes de Oca; y que siendo ilegal la transferencia de tal representación el procedimiento es nulo por haberse seguido el juicio sin que las herencias mencionadas hayan tenido al defensor que señala el artículo mil doscientos sesentinueve del Código de Procedimientos Civiles: declararon NULA la sentencia de vista de fojas cuatrocientas setentiseis, su fecha veintidos de setiembre de mil novecientos sesentidos; insubsistente la apelada de fojas cuatrocientas treintinueve, su fecha cinco de mayo del mismo año, y nulo todo lo actuado desde el acta de poder que corre a fojas doscientas veintinueve, su fecha veinte de octubre de mil novecientos cincuentinueve en cuanto don Max Carrera Alvarado sustituye el cargo de defensor de las herencias indicadas, en los seguidos por don Luis Humberto Vasallo y otros con doña María Teresa Zúñiga viuda de Calmell sobre nulidad de escritura y reivindicación; mandaron que continúe el juicio según su estado; y los devolvieron.— SAYAN ALVAREZ.— TELLO VILLALBA.— GARCIA RADA.— VIVANCO MUJICA.— Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Atendiendo: a que habiendo sido nombrado por el Juzgado don Alfredo Medina para ejercer el cargo de defensor de las herencias de don Braulio Zúñiga y de don Javier Luis Calmell del Solar, con posterioridad a la irregularidad que reviste la sustitución de dicho cargo por acta de fojas doscientas veintinueve y que habiéndose continuado el procedimiento con la intervención del nombrado defensor hasta que se ha dado término al juicio por sentencias de primera y segunda instancias: mi voto es porque se conozca del fondo del asunto.— GARMENDIA.— Se publicó conforme a ley.— Lizandro Tudela Valderrama, Secretario.

Causa No. 1122-62. —Procede de Ayacucho.