


**Corte Suprema de Justicia de la República  
Sala Civil Transitoria**

**CASACIÓN 3008 - 2011  
LIMA  
ANULABILIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA**





Lima, veintitrés de julio  
del año dos mil doce.-

**LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;** vista la causa número tres mil ocho – dos mil once, en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha; luego de verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia. **RECURSO DE CASACIÓN:** Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas mil quinientos veintinueve por Graciela Esperanza Calmell Del Solar Palomino, contra la sentencia de vista obrante a fojas mil cuatrocientos ochenta y ocho, su fecha catorce de enero del año dos mil once, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia apelada obrante a fojas mil doscientos noventa y uno, de fecha veintinueve de enero del año dos mil diez que declara infundada la demanda obrante a fojas cincuenta y tres, subsanada a fojas ochenta; en los seguidos por Graciela Esperanza Calmell Del Solar Palomino y otro contra Jorge Eduardo Orihuela Iberico y otros, sobre Anulabilidad de Escritura Pública e Indemnización. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha diecisiete de noviembre del año dos mil once, que corre a fojas sesenta y tres del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal por la causal prevista en el artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, por la que se denuncia la contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso por vulneración del artículo ciento ochenta y siete del Código Procesal Civil, refiriendo que el *Ad quem* incurre en el mismo vicio nulificante del *A quo* pues sin tomar en cuenta que la materia y punto controvertido del presente proceso es la anulabilidad del testamento por incapacidad para otorgar testamento por carecer al momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesaria para el otorgamiento del testamento –artículo seiscientos ochenta y siete inciso tercero del Código Civil- y que los documentos obrantes de fojas cuarenta y cuatro a cincuenta sobre actuados judiciales del proceso de interdicción que iniciara la demandada María Socorro Lira Cacho a Carlos



Germán Calmell Del Solar Zúñiga, ofrecidos y admitidos al proceso por su pertinencia con los hechos materia de prueba, los que no han sido materia de cuestionamiento probatorio alguno, debieron ser valorados en compulsa con los demás medios probatorios para dilucidar los puntos controvertidos en el presente proceso y emitirse así una sentencia expedida a derecho. **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.-** Que, del examen de los autos se advierte que a fojas cincuenta y tres, subsanado a fojas ochenta, Juan Carlos Calmell Martínez y Graciela Esperanza Calmell Del Solar Palomino interponen como pretensión principal demanda de anulabilidad de escritura pública del testamento de fecha veintiséis de agosto del año dos mil cuatro, otorgada por el extinto Carlos Calmell Del Solar Zúñiga ante el Notario Público Jorge Eduardo Orihuela Iberico, por la causal de incapacidad para otorgar testamento, por carecer al momento de testar de lucidez mental y de la libertad necesaria para el otorgamiento de este acto previsto en el artículo seiscientos ochenta y siete inciso tercero del Código Civil; como pretensión accesorias solicitan una indemnización por daños y perjuicios ascendente a un millón de dólares americanos – US\$.1'000,000.00-. Sostienen que su padre, Carlos Calmell Del Solar Zúñiga tenía como domicilio habitual la ciudad de Huancayo, no obstante debido a que padecía de una enfermedad crónica de enfisema bronco pulmonar complicada por otros diagnósticos tuvo que trasladarse a la ciudad de Lima a partir de marzo del año dos mil cuatro. Agregan que fue desde esa fecha en que recién comienza a frecuentar la visita de los únicos supuestos herederos que se consignan en el testamento materia de anulabilidad, en este caso, los litisconsortes Germán Ernesto Calmell Del Solar Lira y María Socorro Lira Cacho -hijo y esposa del testador respectivamente-. Refieren que la referida litisconsorte inició un proceso judicial de interdicción - nombramiento de curador, con fecha diecisiete de setiembre del año dos mil cuatro, en cuya demanda, la propia esposa manifiesta que su esposo tenía problemas de memoria y una encefalopatía metabólica crónica secundaria, lo que traía consigo una demencia en grado moderado con desorientación y confusión intermitentes. Señalan que el Notario Público, codemandado, Jorge Eduardo Orihuela Ibérico dio fe del pleno goce de las facultades intelectuales y



**Corte Suprema de Justicia de la República**  
**Sala Civil Transitoria**

**CASACIÓN 3008 - 2011**

**LIMA**

**ANULABILIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA**

conocimiento respecto del acto del testador, no obstante que en fecha veintiuno de agosto del año dos mil cuatro; esto es, cinco días antes de realizar el Testamento materia de *litis*, el doctor Alfredo Barnaby, médico neumólogo, realizara una visita médica y al efectuar el examen médico señalara que el testador era un *"paciente con trastorno del sensorio, no obedece, desorientado en tiempo, espacio y persona, polipneico, disneico...."* y en su informe concluyera que el causante era un *"paciente con diagnostico de EPOC (enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica por Enfisema Pulmonar) fase terminal con Cor Pulmonar Crónico y demencia senil a consecuencia del proceso de fondo"*. Agregan por consiguiente, que la Escritura Pública de Testamento de fecha veintiséis de agosto del año dos mil cuatro, deviene en anulable, puesto que el testador tenía problemas de memoria y una encefalopatía metabólica crónica secundaria, lo que traía consigo una demencia en grado moderado con desorientación y confusión intermitentes. En cuanto a la indemnización pretendida, los demandantes acusan daño a la persona y daño moral refiriendo que el Notario Público codemandado, Jorge Eduardo Orihuela Iberico al materializar el testamento fraudulento ha recortado el derecho de testar de los demandantes, así como a los otros herederos forzosos, por lo que corresponde el cincuenta por ciento del pago de la indemnización, siendo que los demás codemandados Mercedes Raquel Dulanto Nonone y Renzo Anselmo Flores Huarca, en su calidad de testigos para la celebración del testamento materia de *litis*, con su participación se han coludido al realizar un acto fraudulento por lo que deberán responder en un veinticinco por ciento de la indemnización cada uno. **SEGUNDO.-** Que, admitida a trámite la demanda, María Socorro Lira Cacho y Germán Ernesto Calmell Del Solar Lira se apersonan al proceso y mediante escrito obrante a fojas doscientos tres contestan la demanda señalando básicamente que del testamento cuya anulabilidad se pretende, el testador instituyó como herederos a todos quienes acrediten su derecho, y ello se debe a que además de los recurrentes en su calidad de esposa e hijo, existían otros herederos provenientes de otras relaciones extramatrimoniales y que para el efecto de los derechos deberían acreditar con el documento que los reconociera como tales. Agregan


que de la lectura de la tercera cláusula de dicho testamento, no se advierte que se esté pretiriendo a algún heredero, por el contrario dicha cláusula se está refiriendo a la existencia de otros con derecho el cual debe ser acreditado, y lo que está destacando la indicada cláusula es que son sus herederos, su legítima esposa e hijo nacido dentro del matrimonio, por lo que mal se puede afirmar que existe una causal de anulabilidad, que por lo demás no está reconocida dentro de nuestro ordenamiento legal como causal de anulabilidad para pretender dejar sin efecto el testamento. Refieren que la cláusula cuarta del testamento instituye el tercio de libre disposición a favor de los recurrentes, lo que es totalmente lícito y como tal no perjudica a nadie. Señalan que el Notario Público codemandado verificó el estado de salud del testador apreciando que era hábil para contratar, con dominio del idioma español, en pleno goce de sus facultades intelectuales, con conocimiento sobre el objeto del acto y libertad completa, tan es así que a trece días de otorgar el testamento firmó una declaración jurada ante notaría pública a fin de dejar la Clínica San Gabriel donde había estado internado. En relación a la indemnización solicitada, ésta deviene en infundada ya que a los demandantes no se les está pretiriendo como herederos, no habiendo acreditado por lo demás el daño a la persona y el daño moral que alegan. **TERCERO.-** Que, asimismo, mediante resolución obrante a fojas doscientos treinta y tres se declara la rebeldía del codemandado Renzo Anselmo Flores Huarca. De otro lado, por escrito obrante a fojas doscientos cuarenta y tres, Mercedes Raquel Dulanto Nonone se apersona al proceso y contesta la demanda señalando que bajo ninguna forma ha sido beneficiada en el testamento otorgado por el señor Carlos Calmell Del Solar Zúñiga, siendo su participación en el testamento sólo de testigo. Finalmente, mediante escrito obrante a fojas trescientos treinta y ocho, el Notario Público, Jorge Eduardo Orihuela Iberico contesta la demanda señalando que la Ley del Notariado ni ninguna norma jurídica señala que el Notario para hacer el testamento tenga que basarse en un certificado médico. Sin embargo, la ley le encarga al Notario que tanto en el testamento como en los demás instrumentos públicos notariales examine personalmente a los otorgantes para determinar su capacidad, libertad y conocimiento del acto que celebran. Agrega que el testador no ha dispuesto de los dos tercios que constituyen la legítima,

sino únicamente sobre el tercio de libre disposición de la totalidad de sus bienes conforme al artículo setecientos veinticinco del Código Civil y si bien el testador no ha individualizado a sus demás herederos forzosos tampoco los ha preterido, por cuanto establece como herederos además de su esposa e hijo, a todos aquellos que acrediten su derecho a la herencia. **CUARTO.-** Que, valoradas las pruebas y compulsados los hechos expuestos por las partes, por sentencia de primera instancia de fecha veintinueve de enero del año dos mil diez, se declara infundada la demanda. De los fundamentos de dicha sentencia se extrae básicamente que el *A quo* ha establecido que: **a)** La pericia ordenada en autos se encuentra dirigida a probar que la firma del testador habría sido falsificada, lo que importa el supuesto de nulidad de acto jurídico por falta de manifestación de voluntad del agente, situación que no se condice con la causal de anulabilidad del acto jurídico invocada en la subsanación de demanda conforme al cual se debe acreditar que el testador en el momento de testar, carecía por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesaria para el otorgamiento de este acto; motivo por el cual resulta irrelevante para el presente caso, la pericia grafotécnica elaborada por los peritos de la Repej; **b)** Si bien los demandantes presentan informes y certificados médicos en copias certificadas, que establecen diversos diagnósticos de los exámenes practicados al testador Carlos Calmell Del Solar Zúñiga, sin embargo, de ninguno de ellos se establece que se encontrara privado de lucidez mental o de libertad necesaria que lo incapacitara para otorgar testamento, advirtiéndose que dichos documentos han sido otorgados por médico cardiólogo, médico neumólogo y médico cirujano, es decir, por profesionales que no tienen la especialidad de neurología que sería la requerida para determinar ello; **c)** De la carta de fecha trece de setiembre del año dos mil cuatro, cursada por el Director de la Clínica San Gabriel a María Socorro Lira Cacho, litisconsorte pasiva y cónyuge del testador Carlos Calmell Del Solar Zúñiga, se informa que el paciente -testador- se encuentra de alta desde el trece de setiembre del año dos mil cuatro por indicación de su médico tratante, al haber -dicho paciente- presentado una declaración jurada certificada notarialmente respecto de su firma -entiéndase a ruego- en la que manifiesta su voluntad de retirarse de dicha institución, lo que





**CASACIÓN 3008 - 2011  
LIMA  
ANULABILIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA**

demuestra que al décimo tercer día subsiguiente al otorgamiento del testamento, el testador se encontraba lúcido mentalmente, además que dicho documento no ha sido materia de cuestión probatoria alguna; **d)** Los actuados judiciales sobre interdicción, no se toman en cuenta por no acreditarse que los mismos hayan concluido con resolución judicial firme que declare la interdicción civil del testador Carlos Calmell Del Solar Zúñiga; **e)** En cuanto a la pretensión de indemnización al tener la calidad de accesoria de la pretensión principal, debe correr la suerte de ésta, por lo que debe ser también desestimada. **QUINTO.-** Que, apelada que fuera la sentencia de primera instancia, la Sala Superior mediante sentencia de vista de fecha catorce de enero del año dos mil once confirma la sentencia recurrida, estableciéndose básicamente que: **a)** Si bien corre inserto en el testamento que el otorgante entregó las disposiciones testamentarias al Notario Público codemandado en forma escrita, procediendo luego el funcionario a transcribirlas en la escritura pública, no obstante, nuestro ordenamiento sustantivo no prevé que el Notario conserve el referido documento, por lo tanto, no resulta exigible la preservación ni exhibición de un documento sobre el cual no tenía la obligación de custodiar. Idéntica situación se presenta con el requerimiento del certificado de actitud física y mental, toda vez que nuestro ordenamiento no ha establecido como condición previa la exhibición de dicho documento para emitir la voluntad testamentaria, además, la Ley del Notariado no consagra mayores requisitos para el otorgamiento del testamento de los que se encuentran regulados en el Código Civil; **b)** Si bien ha referido el Notario en la Audiencia de Pruebas, que no ha certificado el buen estado físico del testador, toda vez que de acuerdo a su especialidad no es el idóneo para ello y reconoce que el testador se encontraba haciendo uso de un balón de oxígeno, no obstante, el resquebrajamiento del estado físico de una persona no importa necesariamente limitaciones en su capacidad mental y el discernimiento sobre las circunstancias que lo rodean; **c)** Respecto a los certificados médicos que se acompañan a la demanda, los mismos han sido emitidos por médicos cardiólogos, neumólogos y cirujanos, siendo que ninguno de ellos ha determinado expresamente que el paciente se encuentre privado de lucidez o de alguna circunstancia que determine su incapacidad para discernir, asimismo, el Notario

ha dejado expresa constancia en el testamento sobre las facultades mentales del otorgante, tanto más si de la Declaración Jurada de fecha nueve de setiembre del año dos mil cuatro, el testador declara bajo juramento su voluntad de solicitar su alta de la Clínica San Gabriel y retirarse con sus hijos; **d)** En cuanto a los argumentos esgrimidos sobre el proceso de interdicción civil iniciado por la cónyuge del causante, dicho proceso se tramitó ante el Décimo Primer Juzgado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima que declaró la conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo, mediante la Resolución número cinco de fecha quince de noviembre del año dos mil cuatro, no existiendo pronunciamiento alguno del Órgano Jurisdiccional que declare la interdicción de Carlos Calmell Del Solar Zúñiga, presumiéndose la capacidad mental mientras no se declare judicialmente la condición de interdicto del favorecido; **e)** Respecto a las observaciones formuladas sobre el peritaje grafotécnico del testamento, teniendo en cuenta que la causal invocada es la incapacidad mental para dictar el testamento y no la adulteración de la firma de su otorgante, la conclusión del peritaje, no cuenta con mérito probatorio para resolver el conflicto planteado; **f)** Finalmente, sobre la pretensión accesoria de indemnización, al haberse desestimado la pretensión principal, en aplicación de lo regulado en el artículo ochenta y siete del Código Procesal Civil, la solicitud indemnizatoria debe ser desestimada. **SEXTO.-** Que, como primera reflexión conviene señalar que la sucesión testamentaria es aquel acto personalísimo por el cual el testador, voluntariamente, dispone de sus bienes ya sea de una manera total o parcial para que después de su muerte se ordene su propia sucesión. Por tanto, cuando fallece una persona que hizo un testamento, se produce la transmisión patrimonial conforme a lo señalado en dicho documento en consonancia con los requisitos formales y dentro de los límites establecidos por la ley. **SÉPTIMO.-** Que, no obstante, nuestro Código Civil regula determinados supuestos en los que una persona se encuentra incapacitada para otorgar testamento. En efecto, el inciso tercero del artículo seiscientos ochenta y siete del Código Civil, establece que son incapaces de otorgar testamento los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este




acto. **OCTAVO.**- Que, al respecto, Zárate Del Pino<sup>1</sup>, comentando sobre dicha causal de incapacidad refiere que ésta se encuentra referida a aquellas personas que sin padecer enfermedades mentales, retardo mental, deterioro mental, ebriedad habitual o toxicomanía, se encuentran transitoriamente privadas del uso normal de sus facultades psíquicas al momento de otorgar testamento; es decir, nos encontramos frente a un estado de anormalidad meramente pasajera, tales como la embriaguez, estados hipnóticos, estados de alteración intensa, entre otros. **NOVENO.**- Que, un aspecto que resulta relevante destacar en cuanto a dicha causal es que la incapacidad para testar debe existir y se juzgará **con referencia al momento en que el testamento fue otorgado**, no siendo relevante determinar si dicha capacidad existía o no en el momento del fallecimiento del testador pues la capacidad sobrevenida no logra convalidar los actos practicados por la persona cuando era incapaz. Sobre el particular, Lohmann Luca de Tena<sup>2</sup>, refiere que lo que importa en este caso en particular es que la duración de la incapacidad por lucidez mental o de la libertad sea lo suficientemente extensa como para cubrir el tiempo en que se supone fue confeccionado el testamento. **DÉCIMO.**- Que, en el caso de autos, las instancias de mérito han declarado infundada la demanda de anulabilidad de escritura pública de testamento otorgada en fecha veintiséis de agosto del año dos mil cuatro por Carlos Calmell Del Solar Zúñiga, sobre la base de los siguientes fundamentos: **i)** Que ninguno de los informes y certificados médicos practicados en el testador establecen que se encontrara privado de lucidez mental o libertad necesarias que lo incapacitara para el otorgamiento del referido testamento; **ii)** Que el Notario Público Jorge Eduardo Orihuela Iberico ha dejado constancia expresa en el testamento sobre las facultades mentales del otorgante; **iii)** Que en la Declaración Jurada de fecha nueve de setiembre del año dos mil cuatro, el testador declara bajo juramento su voluntad de solicitar su alta de la Clínica San Gabriel y retirarse de dicha institución; **iv)** No existe pronunciamiento de fondo respecto del proceso sobre interdicción civil



<sup>1</sup> Zárate Del Pino Juan. B. "Curso de Derecho de Sucesiones" Palestra Editores. 1998. Lima. Páginas 145-146

<sup>2</sup> Lohmann Luca de Tena, Guillermo. "Derecho de Sucesiones" Tomo I. Fondo Editorial de la PUCP. 1995. Lima. Páginas 110-111



seguido por la cónyuge del causante. **DÉCIMO PRIMERO.**- Que, en el contexto descrito precedentemente y conforme se aprecia de los presentes actuados, ninguno de los fundamentos expuestos en las sentencias de mérito han procurado demostrar o dilucidar de manera acabada y concluyente si el otorgante testador Carlos Calmell Del Solar Zúñiga carecía **al momento de testar, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de dicho acto**, exigencia que por lo demás se encuentra acorde con lo establecido en el referido inciso tercero del artículo seiscientos ochenta y siete del Código Civil, situación que por tanto resulta necesario esclarecer a la luz de los demás medios probatorios que aparecen en el proceso y de aquellos que el juez de la causa considere necesarios actuar tanto mas, si a fojas ciento ochenta y nueve obra un informe médico suscrito por el neurólogo Pablo Zumaeta que establece que el testador habría sufrido de un "*síndrome demencial por encefalopatía metabólica hipóxica intermitente secundaria al problema pulmonar crónico*", el cual data de fecha veintiséis de agosto del año dos mil cuatro, que es la misma fecha de en que se otorgó la escritura pública cuya anulabilidad se solicita en este proceso **DÉCIMO SEGUNDO.**- Que, por consiguiente, en este caso en particular, se torna necesario que el Juez de la causa despliegue de manera razonada y eficaz todos los mecanismos procesales a su alcance, considerando, de ser el caso, la facultad del juzgador de ordenar la actuación de medios probatorios adicionales que considere convenientes a tenor del artículo ciento noventa y cuatro del Código Procesal Civil a fin de dilucidar de manera acabada y conforme a derecho la presente controversia<sup>3</sup>, sin perjuicio de integrar al proceso a aquellas personas que se encuentren facultadas legalmente para formar parte del proceso a los efectos de hacer valer su derecho conforme corresponda. **DÉCIMO TERCERO.**- Que, habiéndose incurrido en contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso, corresponde declarar fundado el presente recurso;

<sup>3</sup> Lohmann Luca De Tena G. op. cit. página 113. "Al respecto, resulta ilustrativo lo señalado por el referido autor nacional cuando refiere, citando a Ferrari, que la prueba de falta de lucidez o de libertad deberá ser decisiva y concluyente, agregando en consonancia con Castañeda y Maffia que, tratándose de prueba testimonial a los testigos, a estos no se les citará para que emitan opinión, sino para que relaten los hechos de los que ineludiblemente se desprenda que en efecto el testador se comportaba con falta de libertad o de razón."

**Corte Suprema de Justicia de la República  
Sala Civil Transitoria**

**CASACIÓN 3008 - 2011  
LIMA  
ANULABILIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA**

por lo que en aplicación de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Graciela Esperanza Calmell Del Solar Palomino mediante escrito obrante a fojas mil quinientos veintinueve; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista obrante a fojas mil cuatrocientos ochenta y ocho, su fecha catorce de enero del año dos mil once, e **INSUBSISTENTE** la sentencia de primera instancia de fecha veintinueve de enero del año dos mil diez; **ORDENARON** que el Juez de la causa emita nuevo pronunciamiento conforme a los fundamentos expuestos en la presente resolución; **DISPUSIERON**, la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Juan Carlos Calmell Martinez y otra contra Mercedes Raquel Dulanto Nonone y otros, sobre Anulabilidad de Escritura Pública y otro, y los devolvieron. Ponente Señor Ticona Postigo, Juez Supremo.-

**S.S.**

**TICONA POSTIGO**

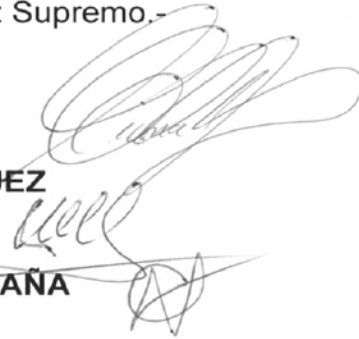
**ARANDA RODRÍGUEZ**

**PONCE DE MIER**

**VALCÁRCEL SALDAÑA**

**MIRANDA MOLINA**

LQF/CBS



SE PUBLICO CONFORME A LEY  
Dra. MERY OSORIO VALLADARES  
Secretaria de la Sala Civil Transitoria  
de la Corte Suprema  
29 AGO 2012