

Es nulo el testamento en que intervienen testigos que no acompañaron a la testadora en el momento de su redacción y otorgamiento, y que además aparece extendido cuando ésta se encontraba gravemente enferma, en estado de no poder expresar su voluntad.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

En el presente juicio seguido por don Antonio Raffo de la Cadena con doña Lastenia Raffo de la Cadena y otros, sobre nulidad de testamento, por auto de fojas 256 vta. se ha concedido el recurso de nulidad interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia de vista de fojas 254, que confirmando la de Primera Instancia de fojas 219, declara infundada la demanda de fojas una; con los demás que contiene.

La sentencia recurrida está arreglada a ley y al mérito de lo actuado, pues el actor don Antonio Raffo de la Cadena a fojas una demanda la nulidad del testamento otorgado por doña Zoila Aurora de la Cadena viuda de Raffo, por escritura pública de veinte de junio de 1956, fundándose en que la testadora, se encontraba privada de sus facultades físicas e intelectuales en la fecha en que se otorgó dicho testamento, por la enfermedad que padecía y por su avanzada edad; pero no ha probado en modo alguno tal alegación y por el contrario, del propio texto del instrumento público impugnado, aparece que la testadora se encontraba en perfecto uso de sus facultades, lo que resulta corroborado por las declaraciones testimoniales de los doctores Elishán García y Víctor Villagarcía de fojas 18 y fojas 58. El demandante tampoco ha probado que el citado testamento se fraguó como lo alega en su demanda, ni que se haya violado al otorgarse ninguna de las formalidades exigidas por la ley para su validez; por lo que, no adoleciendo de causal de nulidad que lo invalide, debe surtir todos sus efectos, de acuerdo con la última voluntad de la testadora, debiendo por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto

por el Art. 338 del C. de P. C. declararse infundada la demanda incoada a fojas una.

Por lo expuesto y por los fundamentos de la recurrida, opino que **NO HAY NULIDAD**.

Lima, 26 de mayo de 1958.

GARCIA ARRESE

RESOLUCION SUPREMA

Lima, veintitrés de julio de mil novecientos cincuentiocho.

Vistos; con lo expuesto por el señor Fiscal; y considerando: que de las tres personas que aparecen como testigos testamentarios y cuyo testimonio ha sido ofrecido a fojas nueve por la demandada doña Lastenia Raffo de la Cadena de Cabrera Aguilar, el testigo Francisco Oller Planas manifiesta en su declaración corriente a fojas treintinueve, no haber conocido a la testadora, no haber estado presente en el acto de otorgarse el testamento, y no ser cierto, por consiguiente, que doña Zoila Aurora de la Cadena viuda de Raffo le hubiese solicitado servirle de testigo para testar; que otro de dichos testigos, Humberto Canelo Almeyda, al contestar a fojas treinticuatro vuelta la cuarta pregunta del interrogatorio de fojas treinticuatro, dice haber llegado ocasionalmente a casa de la testadora viuda de Raffo en busca del Notario don Gustavo Echevarría Leguía "para consultarle sobre determinado asunto", siendo entonces "que la empleada de la señora Zoila Aurora de Raffo, a nombre de ésta le solicitó para que sirviera de testigo de su testamento"; que el tercero de dichos testigos, Oswaldo Chumbiauca Magallanes, contestando a fojas cuarentiocho vuelta la cuarta pregunta del interrogatorio de fojas cuarentiocho, formulado por la demandada, expresa que "la señora de Raffo, al leersele cada cláusula, daba su asentimiento moviendo la cabeza", que la antedicha respuesta del testigo Chumbiauca, persuade, relacionándola con las declaraciones de los médicos tratantes de la señora viuda de Raffo, doctor Elisbán Neptalí García Herrera y doctor Víctor Villagarcía, que la testadora pudo no haber estado en los momentos de testar, en aptitud de expresar por sí misma su voluntad; que del testamento no consta que la testadora lo haya leído clara y distintamente o de alguna otra manera, o que lo hubie-

se hecho persona elegida por ella, a efecto de que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se averiguase, viéndola y oyéndola, si su contenido era la expresión de su voluntad; que las referidas omisiones que aparecen del propio instrumento, como es de verse de la copia certificada de fojas ciento cincuentidós, producen su nulidad, a tenor de lo que preceptúa el artículo cuatrocientos cuatro del Código de Procedimientos Civiles; que así mismo, la circunstancia de no haberse nombrado a los testigos en la introducción del testamento sino al final, confiere veracidad a la declaración de Francisco Oller Planas, ya glosada en esta resolución, resultando, como consecuencia, que el testador, los testigos y el Notario no han firmado el testamento en el mismo acto, privándolo así de su indispensable unidad; que no habiéndose hecho constar en el testamento las solemnidades preceptuadas en los incisos segundo, cuarto y quinto del artículo seiscientos ochentisiete del Código Civil, la falta de esas formalidades esenciales no puede ser suplida por las declaraciones posteriores de los testigos instrumentales Canelo y Chumbiauca, porque ello importaría dar validez a un acto que la ley declara nulo por falta de dichas solemnidades: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientas cincuenticuatro, su fecha veintiséis de diciembre de mil novecientos cincuentisiete, confirmatoria de la apelada de fojas doscientas diecinueve, su fecha veintiuno de setiembre del mismo año; reformando la primera y revocando la segunda: declararon fundada la demanda interpuesta por don Antonio Raffo de la Cadena en su escrito de fojas una, y sin valor ni efecto el testamento otorgado por doña Zoila Aurora de la Cadena viuda de Raffo; sin costas; y los devolvieron. — BUSTAMANTE CISNEROS. — GARMENDIA. — ALVA. — TELLO VELEZ. — VALDEZ TUDELA. — Se publicó conforme a ley. — Walter Ortiz Acha. — Secretario.

Causa N° 84/58.— Procede de Ica.