

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
— Sala de Casación Civil —

*Acción de nulidad
de un testamento cerrado*



MAGISTRADO PONENTE: DR.
MANUEL JOSE VARGAS

Magistrado ponente:

DR. MANUEL JOSE VARGAS

*Junta. Mal -
Nulidad de Testa-
mento cerrado*

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO CERRADO. REQUISITOS O FORMALIDADES DE ESTA CLASE DE TESTAMENTO. CARACTERISTICAS DEL INSTRUMENTO PUBLICO. FALSEDAD MATERIAL Y FALSEDAD INTELECTUAL

1.—La persona que exhiba en juicio un instrumento público no está obligada a justificar la verdad del mismo, sino que la parte que lo refuta o impugna de falso, debe acreditar su impugnación a la inversa de lo que acontece con el documento privado; la persona que exhibe un documento de esta naturaleza, está obligada a probar que es verdadero, si la otra parte lo niega.

2.—De la definición dada por el artículo 1758 del C. C. se desprende que al instrumento público lo caracterizan los siguientes requisitos: a). Debe ser autorizado por un funcionario público, en su carácter de tal; b). El funcionario debe ser competente en cuanto a la materia a que el instrumento se refiere y en cuanto al lugar en que lo autoriza (competencia en cuanto a la materia y en cuanto al territorio); c). Finalmente, el instrumento debe otorgarse con las formalidades que la ley señala, las cuales varían según el caso. Así, por ejemplo, en cuanto al testamento cerrado, el acta que debe escribirse en el sobre que lo contiene, debe reunir los requisitos señalados por el artículo 1080 del C. C.

3.—Depositando la ley en el Notario la fe pública, según la expresión de la primera parte del artículo 2576 del C. C. respecto de los actos y contratos que pasan ante él, no es posible infirmar normalmente por los medios probatorios de recibo en el procedimiento civil, la verdad extrínseca de lo afirmado en un instrumento público, pasado ante Notario; la intrínseca, o sea la atañedora a las afirmaciones de los particulares recogidas en dichos instrumentos, siguen diversas normas probatorias en orden a su impugnación, según que ella se suscite por uno de los otorgantes o por terceros.

Como lo ha dicho la Corte en sentencia de la Casación Civil de 10 de julio de 1948, que corre publicada en los números 2062, 2063, página 493 de la Gaceta Judicial, «La presunción de la verdad absoluta que la ley otorga al instrumento público no puede ser destruída sino demostrando su falsedad material o intelectual: tendrá cabida la primera cuando se haya alterado su texto después de haberse expedido; y la segunda, cuando siendo

materialmente verdadero, se hayan hecho constar sucesos no ocurridos en realidad.

«A destacar, demostrar o frustrar el primer género de impostura atiende el Capítulo V, Título XVII, Libro II del Código de Enjuiciamiento Civil, permitiendo que la parte contra quien se ha presentado un documento como prueba pueda tacharlo de falso para que se desestime; esa gestión va dirigida contra el instrumento, contra su capacidad demostrativa, no implicando necesariamente la inculpación de una persona determinada, aunque como consecuencia suya pueda llegar a establecerse; a este propósito dentro del juicio civil apenas se impugna el instrumento descartando quién sea el agente y su intención.

Respecto del segundo tipo de falsedad se observa que, por ser intelectual, importa el designio de cubrir con la fe del Estado lo inverídico, y que, por tanto, su sola afirmación presupone inculpar al funcionario o funcionarios que prestaron su ministerio en el logro de tan anómalo resultado; de esta suerte la enunciación del dicho género de falsedad implica la imputación de un hecho que nuestro Estatuto represivo incluía en su Art. 358 a la fecha de iniciación del pleito, y prevé actualmente en el Art. 231.

4.—Cuando la ley da al instrumento público el valor de plena prueba (Art. 632 del C. J.) no lo equipara a la confesión judicial, ni al documento privado reconocido, ni al indicio necesario, ni al dicho de los testigos hábiles, ni al dictamen pericial acorde (Arts. 721 y 722 del C. J.); apenas podría pensarse a este propósito en la plenitud probatoria que la ley otorga al acta de la inspección ocular «respecto de los hechos y circunstancias observadas por el Juez», si a ello no se opusieran las características singulares que estructuran el instrumento público.

5.—Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado y que determina el artículo 1080 del C. C. es el acto en que el testador presenta al Notario y testigos, una escritura cerrada, declarando que ella contiene su expresión de última voluntad; de manera que si así se practica, y de ello dan fe el Notario y los cinco testigos, al suscribir sobre la corriente cerrada la anotación que manda el citado precepto, se habrá cumplido lo que constituye lo esencial en el otorgamiento del testamento cerrado.

El requisito exigido por la Ley 36 de 1931, ha dicho esta Sala, no viene a constituir, en su fondo, una solemnidad o formalidad esencial que haga parte, por su naturaleza, del acto mismo del otorgamiento de un testamento cerrado. Las formalidades de tal índole y trascendencia que si son verdaderamente esenciales y exigidas por el Art. 1080 del C. C., cuya sola redacción lo deja conocer con toda claridad. La omisión de la escritura a que alude la Ley 36 citada, no acarrea la nulidad absoluta del Acto testamentario. Tanto la redacción, como el espíritu del Art. 4º de esa ley, inducen a aceptar que en tal precepto tan sólo se señala un requisito que contribuye a demostrar la veracidad e integridad del acto testamentario, pero en él no se consagra la nulidad absoluta, como sanción por su omisión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, junio 23 de 1949).

(Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas)

Como heredero de su madre legítima, la señora Margarita Escobar de Isaza, y por libelo de fecha 28 de mayo de 1943, el doctor Rodrigo Isaza Escobar, demandó ante el Juzgado tercero de la ciudad de Medellín a los señores José Joaquín Escobar Hoyos, Enrique, Teresa, Efraim y Jairo Escobar Arango, a Julia Rosa Escobar v. de Toro y a Fabricio Elías Escobar para que mediante su ausencia y los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se declare la nulidad del testamento que se dice otorgado por el señor Samuel Escobar, la del acta notarial y de la escritura pública de que trata la Ley 31 de 1936, en que se hizo constar también la celebración de aquel acto de la escritura o protocolización del mismo y sus registros y como consecuencia de todo aquello, que se dispusiera que la mortuoria de don Samuel debe regirse por las reglas de la sucesión intestada.

De los hechos propuestos como base de la demanda, se desprende que la acción anulatoria de la declaración de última voluntad del señor Escobar, está apoyada en los siguientes: que la firma que dice Samuel Escobar en la memoria testamentaria, no fue puesta por él sino por una de las personas que se hallaban presentes en el momento del otorgamiento, que se ejerció coacción moral y material en el otorgante, para llevarlo a testar en la forma en que lo hizo, que don Samuel fue forzado a firmar la cubierta para hacer aparecer que había hecho testamento cerrado y que estaba dentro del sobre; que no presentó al Notario la cubierta cerrada, ni manifestó a éste ni a los testigos, conforme lo dispone el Art. 1080 del C. C., de manera que tales personas lo vieran, oyeran y entendieran que dentro de ella se encontraban sus disposiciones testamentarias. En resumen, se demandó la nulidad del acto por falsificación de la firma del testador y falsedad de las declaraciones consignadas por el Notario, tanto en el sobre como en la escritura pública que se efectuó en relación con el otorgamiento. Además se pidió la nulidad del testamento, por no contener esta última escritura la firma de cinco testigos, como lo exige el Art. 1080 del C. C. y la Ley 36 de 1931. En derecho, se fundó la acción propuesta en los Arts. 63, 1470, 1051, 1080, 1746 del C. C., Ley 31 de 1936 y Art. 15, Ley 95 de 1890.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento pronunció fallo con fecha 12 de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, en la que absolvió a los demandados de los cargos propuestos.

La sentencia recurrida

Apelado el proveído en referencia, los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, donde previa la actuación del caso, se decidió la cuestión confirmando la sentencia recurrida.

El Tribunal hace un estudio muy completo de la cuestión debatida, examina con detenimiento la numerosa prueba testimonial allegada a los autos y a los instrumentos públicos acompañados, que determinan el lleno de los requisitos para la solemnización del acto testamentario, viniendo a concluir, con el Juez de primera instancia, en la absolución de los demandados.

Advierte el Juzgador en segunda instancia, que en cuanto a la aseveración hecha por el demandante, en relación con la suplantación o falsificación de la firma del testador y la carencia del cumplimiento de las formalidades exigidas por el Art. 1080 del C. C., respecto de los testamentos cerrados, en el instrumento público que entraña el acta redactada sobre la cubierta del testador y cinco testigos, y en el otorgado en cumplimiento de la Ley 36 de 1931, aparece bajo la fe debida a tales instrumentos, que don Samuel Escobar presentó al Notario y los cinco testigos instrumentales, una escritura o sobre cerrado y lacrado en siete partes, declarando de viva voz y de manera que el funcionario público y testigos lo vieran, oyeran y entendieran, que en aquella escritura se contenía su testamento. Hecho lo cual, se autorizó el acta puesta en el referido sobre, que firmó el testador, el Notario y los cinco testigos y se redactó y firmó en los mismos términos la escritura pública de que trata la Ley 36 de 1931.

Expresa el Tribunal que, de acuerdo con el artículo 1759 del C. C. y la interpretación que le ha dado la Corte Suprema de Justicia, el instrumento público, como lo es el testamento, hace plena fe, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, y en cuanto a las constancias que en lo relativo a forma y circunstancias del otorgamiento, deja el Notario público, máxime cuando ese instrumento se solemniza, como ocurre en estos casos, ante cinco testigos de especial idoneidad.

Agrega, citando una sentencia de la Sala: «Además de la presunción de que se hizo mérito (de capacidad y sanidad mental del testador) existe otra de carácter general, y es la de que siendo los Notarios depositarios de la fe pública, sus declaraciones propias llevan una presunción de veracidad, que no puede discutirse sino en virtud de factores probatorios que plenamente eliminen aquélla».

Analiza luego la deposición de tres testigos, además de los instrumentales que deponen, acordes en su mayoría con lo expresado en el Acta Notarial y la del médico Dr. Rafael J. Mejía, quien expresa que asistió en su enfermedad al testador, que pudo constatar que hasta la víspera de la muerte, que fue cuando por última vez lo vio, conservaba el pleno uso de sus facultades mentales.

Hace también el Tribunal un prolijo estudio de la numerosa prueba testimonial allegada a los autos por el demandante, y en especial, la rendida por dos de los testigos instrumentales, quienes en alguna de las circunstancias del otorgamiento, se desdican de lo autorizado por ellos en el instrumento público suscrito al efecto, agregando el sentenciador, que tal circunstancia no sería suficiente para anular el acto, máxime cuando tales testigos están acordes en la identidad del sobre cerrado entregado al Notario por el testador, y que las exigencias de la ley se cumplieron respecto al número de testigos que aparecen suscribiendo el testamento, circunstancias que no son suficientes para negar la fe que corresponde al instrumento público.

Luego dice el Tribunal:

«No sobra advertir que es injurídico el concepto que muchos tienen de que basta con que uno o dos de los cinco testigos instrumentales que suscriben un testamento cerrado, declaren más tarde que el testador no se hallaba en su sano juicio, o que no manifestó voluntad de testar, o que no

presentó o suscribió el testamento, para que por esto solo se anule el acto testamentario. Si así fuera, quedarían sometidos todos estos actos solemnes al solo hecho de uno o dos declarantes, que vendrían a imponerse sobre las aseveraciones del Notario y de todos los demás testigos».

Como en la segunda instancia se propusiera algún nuevo reparo, no señalado en los hechos de la demanda, en relación con el acta relativa a la celebración del testamento cerrado, que debe elevarse a escritura pública, en los términos de la Ley 36 de 1931, el Tribunal expresó que tal hecho no había sido alegado entre los fundamentos de la demanda, que el sobre cerrado y sellado contiene la firma del testador y de los 5 testigos, y que la circunstancia de no haber firmado uno de ellos la escritura pública respectiva, no implica nulidad del testamento. Cita, al efecto, la sentencia de esta Sala de fecha 12 de abril de 1940 publicada en la Gaceta Judicial Nro. 1955, página 239.

En desacuerdo con el proveído del Tribunal, el actor en el pleito interpuso el recurso de casación, que concedido, dio lugar al envío a esta Corte del juicio respectivo.

En esta Sala el negocio ha tenido la tramitación pertinente y siendo la oportunidad legal, se procede a pronunciar la decisión del caso.

Los cargos propuestos

a). Contra la sentencia que se revisa en casación, aduce el recurrente una serie de cargos tendientes a demostrar la errada estimación de la prueba testimonial allegada a los autos por una y otra parte. Considera que hubo error de hecho en la apreciación de tales testimonios, que condujeron al fallador, con tal interpretación a violar los Arts. 597, ordinal 3º, y 697 del C. J., disposiciones que a su entender tienen carácter sustantivo, dando lugar a violar indirectamente los artículos 1061, ordinal 4, 1062, 1063 del C. C., por no haberlos aplicado, siendo así que dichos preceptos establecen la nulidad del testamento por las causas allí señaladas y que son precisamente «las que se hallan probadas en el expediente».

Propone, al efecto, el motivo primero de casación de los señalados en el Art. 520 del C. J. Manifiesta que la forma equivocada en que se otorgó el testamento y las anómalas condiciones en que se encontraba el testador, no fueron tenidas en cuenta en la sentencia, y así, el Tribunal «dejó de apreciar como se debe, en estricto derecho, la determinada prueba del demandante, que obra en autos, y en especial, las deposiciones de los testigos Benicio Gaviria, Juan Alvarez, Jairo Escobar, José Santamaria, José Domingo Guisado, Marco Tulio Ceballos y otros, en cuyos testimonios dicen: «Viene a establecerse rectamente y con claridad de convicción absoluta, no sólo en el terreno de la ley, sino en el de la conciencia, que al señor Escobar se le coaccionó moral y físicamente, para hacerle inclinar su voluntad en beneficio de su sobrino José Joaquín Escobar, desnaturalizándose en ello la libre expresión de la voluntad del testador».

Menciona otros hechos establecidos por medio de testigos, cuyas disposiciones, a su entender, también fueron mal apreciadas, como las relativas a la falta de cumplimiento de ciertas formalidades esenciales para el

otorgamiento del testamento cerrado, tales como las que expresan que el testador no entregó al Notario en persona su declaración de última voluntad, ni dijo de viva voz, ni de manera que todos lo vieran, oyeran y entendieran, que dentro del sobre cerrado se encontraba la disposición de sus bienes, para que tuviera pleno efecto después del fin de sus días.

Que con la misma prueba testimonial se demostró y no lo tuvo en cuenta el juzgador, que el testamento fue interrumpido en su otorgamiento, que no fue presenciado por los cinco testigos, que el testador sufrió un síncope «quedando luego como muerto», lo que obligó al Notario a suspender el acto, reanudándolo sin que se hubiera cerciorado si el otorgante, después del accidente, continuaba en el goce de sus facultades.

Se considera:

Prueba documental o literal es la que se produce por medio de documentos en la forma prefijada por las leyes. Goza de gran confianza en la ley, en atención a la fijeza, que al hecho por probar da el documento; «la escritura es un testigo que difícilmente se corrompe».

Entre las pruebas documentales, se encuentra el instrumento público, uno de cuyos fines, es servir de medio de prueba.

Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario. Otorgado ante el Notario, o el que haga sus veces, e incorporado en el respectivo protocolo, se llama escritura pública (Art. 1758 del C. C.). La intervención del funcionario público competente, en su otorgamiento le da al instrumento público el sello de autenticidad.

La persona que exhiba en juicio uno de estos documentos, no está obligada a justificar la verdad del mismo, sino que la parte que le refuta o impugna de falso, debe acreditar su impugnación, a la inversa de lo que acontece con el documento privado; la persona que exhibe un documento de esta naturaleza, está obligada a probar que es verdadero, si la otra parte lo niega.

De la definición dada por el Art. 1758 del C. C. al instrumento público, se desprende que lo caracterizan los siguientes requisitos: a). Debe ser autorizado por un funcionario público, en su carácter de tal; b). El funcionario debe ser competente en cuanto a la materia a que el instrumento se refiere y en cuanto al lugar en que lo autoriza (competencia en cuanto a la materia y en cuanto al territorio); c). Finalmente, el instrumento debe otorgarse con las formalidades que la ley señala, las cuales varían según el caso. Así, por ejemplo, en cuanto al testamento cerrado, el Acta que debe escribirse en el sobre que lo contiene debe reunir los requisitos señalados por el Art. 1080 del C. C.

Sobre el valor probatorio de los instrumentos públicos, ha dicho esta Sala en sentencia del 10 de julio de 1948:

«El artículo 1758 del C. Civil llama auténticos a los instrumentos públicos, porque los ojos de la ley ofrecen el máximo de garantías probatorias; la doctrina que informa esa calificación la hace depender de una doble prerrogativa que asiste al instrumento de esa clase: a). La consistente en que la firma del funcionario que lo autoriza, por el carácter público de éste, no necesita verificación; b). La de que dicha firma apareja una prue-

ba absoluta de lo firmado por el funcionario como acaecido en su presencia; estas características hacen decir a «Mattirolo» que la fe prestada por la ley al medio probatorio aludido depende de que éste es, al propio tiempo, autenticado y auténticamente». (G. J. N° 2062 - 63, página 493).

Tratándose del acta que debe extender el Notario sobre la cubierta del testamento, en relación con el lleno de los requisitos exigidos por el Art. 1080 del C. C., bajo la firma del testador, los cinco testigos y el Notario, como instrumento público, es prueba plena de cuanto en su texto está cubierto con la fe pública, o sea las circunstancias de haber presentado el testador al Notario y a los testigos, una escritura cerrada y declarando de viva voz y de manera que el Notario y los testigos, lo vieran, oyeran y entendieran, que en aquella escritura se contenía su testamento, el nombre, apellido, y domicilio del testador y de cada uno de los testigos y el lugar, día, mes y año del otorgamiento y la constancia de haber firmado el acta los que en ella intervinieron.

Depositando la ley en el Notario la fe pública, según la expresión de la primera parte del Art. 2576 del C. C., respecto de los actos y contratos que pasan ante él, no es posible infirmar normalmente por los medios probatorios de recibo en el procedimiento civil, la verdad extrínseca de lo afirmado en un instrumento público pasado ante Notario; la intrínseca, o sea la atañedora a las afirmaciones de los particulares recogida en dichos instrumentos, siguen diversas normas probatorias en orden a su impugnación según que ellas se susciten por uno de los otorgantes o por terceros y de ello no se trata en el presente caso.

«La presunción de verdad absoluta que la ley otorga al instrumento público —ha dicho esta Corte en la sentencia mencionada— no puede ser destruída sino demostrando su falsedad material o intelectual; tendrá cabida la primera cuando se haya alterado su texto después de haberse expedido, y la segunda, cuando siendo materialmente verdadero se hayan hecho constar sucesos no ocurridos en realidad».

«A destacar, demostrar y frustrar el primer género de impostura, atendiendo al capítulo V, Título XVII, Libro 2° del Código de Enjuiciamiento Civil, permitiendo que la parte contra quien se ha presentado un documento como prueba, pueda tacharlo de falso para que se desestime; esa gestión va dirigida contra el instrumento, contra su capacidad demostrativa, no implicando necesariamente la inculpación de una persona determinada, aunque como consecuencia suya pueda llegar a establecerse; a este propósito dentro del juicio civil apenas se impugna el instrumento descartando quién sea el agente y su intención.

«Respecto del segundo tipo de falsedad se observa que, por ser intelectual importa el designio de cubrir con la fe del Estado lo inverídico y que, por tanto, su sola afirmación presupone inculpar al funcionario o funcionarios que prestaron su ministerio en el logro de tan anómalo resultado; de esta suerte, la enunciación del dicho género de falsedad, implica la imputación de un hecho que nuestro estatuto represivo incluía en su Art. 358 a la fecha de iniciación del pleito, y prevé actualmente en el Art. 231.

«El artículo 251 del C. de P. P. al regular el pleno mérito probatorio del instrumento público, añade que «contra esta prueba no se admiti-

rá sino la que acredite la falsedad del instrumento mismo. No hay en el C. C. ni en el tratado sobre las pruebas que forma el Título XVII del Libro II del C. J., precepto que en forma tan expresa consigne la identidad entre la inculpación de falsedad y la impugnación de lo aseverado por el funcionario que extiende el instrumento público, pero puede afirmarse que así se deduce del ordenamiento legal sobre los medios probatorios; cuando la ley da al instrumento público el valor de plena prueba (Art. 632 del C. J.). No lo equipara a la confesión judicial, ni al documento privado reconocido, ni al indicio necesario, ni al dicho de los testigos hábiles, ni al dictamen pericial acorde (Art. 721 y 722 del C. J.); apenas podría pensarse a este propósito en la plenitud probatoria que la ley otorga al acto de la inspección ocular «respecto de los hechos y circunstancias observadas por el Juez», si a ello no se opusieran las características singulares que estructuran el instrumento público.

«Forzoso es reconocer que éstas dotan al medio probatorio de que se viene tratando de un poder de convicción superior y preferente al de cualquier otro recibido por el provecho positivo, y que quien pretenda diferente de la garantizada por la fe pública ADVERSUS OMNES, tendrá que demostrar primero la ocurrencia constitutiva de la falsedad intelectual del instrumento.

«No sobraría añadir que el criterio contenido en el Art. 251 del C. de P. P., es aplicable a toda valorización probatoria de documentos auténticos, porque las variaciones que sufre la estimación de los demás elementos de prueba (confesión, testigos, peritos, indicios), según se aprecie en el campo penal o en el civil, emanan de la naturaleza y de la finalidad de ambos procesos, circunstancias a las cuales el instrumento público por el género de hechos que atestigua, permanece indiferente y provisto de la misma fuerza de convicción». - (Sentencia de 10 de julio de 1948).

Contra la fe debida al instrumento público, el demandante se limitó a traer al juicio una serie de declaraciones tendientes a demostrar que el testamento no se realizó en un solo acto, que al testador le llevaron de la mano para hacer aparecer que había firmado, que no expresó de viva voz que dentro del sobre cerrado se contenía su declaración de última voluntad, etc.; pero tales testimonios son ineficaces para desvirtuar lo expresado en el instrumento público, que registra la atestación del Notario en presencia de cinco testigos, y el testador, sobre el lleno de las formalidades y requisitos en el acto de testar en forma cerrada, por don Samuel Escobar, todo lo cual aparece escrito sobre la cubierta del testamento y en escritura pública redactada por el mismo Notario, en los términos de la ley 31 de 1936.

Apareciendo, como aparece, que el acto de la celebración del testamento cerrado fue autorizado con la firma del Notario y de los cinco testigos instrumentales, además de la firma del otorgante, y atestando también al acta escrita sobre la cubierta, la presentación personal por el testador, de manera que todos lo oyeron, vieron y entendieron, su contenido hace plena fe, por tratarse de un documento auténtico, lo cual está de acuerdo con el inciso 1º del artículo 1759 del C. C.

Esta plena fe debida al instrumento público debe mantenerse mientras no se destruya con una prueba suficiente, que no puede ser otra, que

la demostrativa de la falsedad de lo allí consignado bajo la fe del Notario.

El caso en estudio se refiere a la falsedad de lo atestado, ya que se supone por el demandante que se hicieron aparecer en el acta de otorgamiento, sucesos no acaecidos en realidad, como fueron la comparecencia de los testigos instrumentales en el momento del otorgamiento, la carencia de presentación personal del sobre que contenía éste, por el otorgante, al Notario y en presencia de los testigos.

Para acreditar estos hechos, se limitó el actor a presentar unas cuantas declaraciones de testigos, con el ánimo de establecerlo, pero en presencia de lo aseverado con el instrumento público y lo sostenido por los testigos de la parte demandada, el Tribunal optó por la prueba auténtica de los hechos: por el Acta firmada por el testador, Notario y testigos.

No se trata en el examen y apreciación de la prueba hecha por el Tribunal, del caso contemplado en el Art. 702 del C. J., o sea cuando sobre un mismo punto se presentan testimonios contradictorios entre sí, en que el Juez, atendiendo a las condiciones de los testigos y a su calidad, fama e ilustración deduce conforme a los principios generales de la sana crítica, cuáles deben atenderse, cuáles merecen mayor crédito. Con todo el Tribunal hizo el estudio pormenorizado de la prueba testimonial, y de su examen se decidió por el dicho de aquellos testigos que demostraban la autenticidad del testamento y sus declaraciones, y siendo el resultado de este examen probatorio, coincidente con el mérito legal que corresponde al instrumento público, la Corte no encuentra anomalía alguna en tal examen.

Resta examinar, en orden a los cargos propuestos, lo relativo a la sanidad mental del testador, afirmada por el Notario y negada por el recurrente, ya que no hacen plena fe de las declaraciones del funcionario en cuestión, que impliquen meras apreciaciones, ora porque los hechos a que aquellos se contraen, no pueda el Notario percibirlos por sus propios sentidos, ora porque legalmente no le sea factible comprobarlos.

Pero sobre la materia, y además de presumirse la capacidad y la sanidad mental del otorgante, halló el Tribunal, no sólo la declaración del Notario sobre la forma como se otorgó el testamento, que revela en quien testó el goce de sus facultades, ya que se preocupó de averiguar de quién quedarían los bienes al no morir de la enfermedad que le aquejaba, testimonio corroborado por la mayor parte de los testigos instrumentales y por algunas otras personas, aparece además la declaración del médico, doctor Mejía, quien certifica haber visitado al enfermo hasta la víspera de su muerte y después de haber otorgado testamento, encontrólo en el cabal uso de sus facultades. (Véase sentencia de 2 de junio de 1942, G. J. N° 1896, página 614).

El Tribunal, pues, en el estudio de esta prueba, le da mayor valor a la que se encamina a demostrar la sanidad mental del testador y no se observa error evidente de hecho en esa apreciación.

Por las razones que se dejan expuestas, se declara sin fundamento el cargo.

b). Error de derecho, consistente en haberle dado mérito al testamento otorgado por don Samuel Escobar, siendo así, que según puede leerse en la escritura pública que contiene el Acta de la diligencia del otorga-

miento del referido instrumento, en ella sólo aparecen las firmas de cuatro testigos, pues el llamado Roberto Pérez Uribe, no firma. El error de hecho consiste en darle el carácter de testamento, al otorgado sin los requisitos exigidos por el Art. 1078 del C. C.).

Se considera:

Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado, según se vio, y que determina el Art. 1080 del C. C., es el acto en que el testador presenta al Notario y testigos, una escritura cerrada, declarando que ella contiene su expresión de última voluntad; de manera que si así se practica y de ello dan fe el Notario y los cinco testigos, al suscribir sobre la cubierta cerrada la anotación que manda el citado precepto, se habrá cumplido lo que constituye lo esencial en el otorgamiento del testamento cerrado.

El requisito exigido por la Ley 36 de 1931, ha dicho esta Sala, no viene a constituir en su fondo, una solemnidad o formalidad esencial que haga parte, por su naturaleza, del acto mismo del otorgamiento de un testamento cerrado. Las formalidades de tal índole y trascendencia, que si son verdaderamente esenciales para la existencia y validez del acto, son las enumeradas y exigidas por el Art. 1080 del C. C., cuya sola redacción lo deja conocer con toda claridad.

La omisión de la escritura a que alude la Ley 36 citada, no acarrea la nulidad absoluta del acto testamentario. Tanto la redacción, como el espíritu del Art. 4º de esa ley, inducen a aceptar que el tal precepto, tan sólo señala un requisito que contribuye a demostrar la veracidad e integridad del acto testamentario, pero en él no se consagra la nulidad absoluta, como sanción por su omisión (G. J., Tomo 49, página 240).

Así pues, si se prescinde de la escritura que dispone la memorada ley 36, no sería ello causa de nulidad, con tanta mayor razón, no lo sería el hecho de que se dejara de firmar la escritura en cuestión por uno de los testigos, máxime si, como lo observa el Tribunal, se trata de un error de copia, puesto que en el caso de autos, al enunciar el Notario los testigos ante quienes se celebró el acto, designa los cinco y aparece que firman cuatro y se repite el nombre de uno de ellos.

Pero, hay algo más: en los hechos de la demanda, como lo anota la sentencia que se revisa, no se indicó entre los puntos bases del debate, tal circunstancia, lo que impedirá al juzgador fundarse en hechos no alegados.

En sentencia de esta Sala del 18 del mes de mayo próximo pasado, aún no publicada, dijo el sentenciador:

«El Juez debe atenerse, al consignar la razón de decisión, en los hechos que hayan sido el fundamento de la demanda, o en los que apoya el demandado su defensa. Según el Art. 205 del C. J., la demanda debe contener lo que se demanda, debiendo expresarse con claridad y precisión los hechos u omisiones en que se fundamente. Resulta de ello, que tanto la razón como la pretensión forman el contenido de la demanda, por tanto, si el juez no puede juzgar fuera de los límites de lo demandado, es evidente que no puede atribuir a la decisión, razones de hecho no invocadas por quien ha demandado.

«La afirmación de hecho es condición de eficacia de la demandada, y, por tanto, implica un límite de ésta.

«Es necesario expresar el hecho jurídico que constituye el fundamento del derecho que se reclama en juicio. Los términos de una demanda son los factores señalados por el actor, como constitutivos del problema planteado ante el demandado y prometido a la decisión judicial, factores de los cuales no puede salirse, ni mucho menos variar el juzgador».

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

SENTENCIA

Por las razones que se dejan consignadas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 20 de marzo de 1946.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

MANUEL JOSE VARGAS, PEDRO CASTILLA PINEDA, RICARDO HINESTROSA DAZA, ALVARO LEAL MORALES, HERNAN SALAMANCA, ARTURO SILVA REBOYEDO. EMILIO PRIETO, Oficial Mayor en propiedad.

==