

SALA DE CASACION CIVIL

TESTAMENTO CERRADO OTORGADO EN EL EXTRANJERO. — FORMALIDADES EN EL OTORGAMIENTO Y EN LA APERTURA. — RECONOCIDA LA AUTENTICIDAD DEL TESTAMENTO POR LOS LITIGANTES, CUALQUIER VACIO, OMISION O REPARO EN EL PROCEDIMIENTO QUE EN LA APERTURA GARANTIZA LA MISMA AUTENTICIDAD, ES INTRASCENDENTE Y MAS AUN EN CASACION COMO RECURSO EXTRAORDINARIO.^p — NO INVALIDA EL ACTO TESTAMENTARIO AUTENTICO Y LEGITIMAMENTE OTORGADO, EL HECHO DE QUE, A MAS DEL AGENTE DIPLOMATICO DE LA REPUBLICA Y DE LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES, UN JUEZ FORANEO PRESENCIE TAMBIEN LA PUBLICACION DEL TESTAMENTO CERRADO

1.—Si en conformidad con la ley civil el testamento es un acto más o menos solemne, pero nunca exento de formalidades, la razón del sistema normativo consiste en alcanzar el fin jurídico de que no pueda remitirse a duda alguna la última voluntad del causante, espontánea y libremente expresada para ser ley de la herencia.

Cuando por motivos que se refugian en el fuero interno, respetado por el legislador en todas las naciones civilizadas de la tierra, el testador quiere guardar en secreto sus disposiciones últimas, sube de punto la necesidad social de obtener certeza sobre la autenticidad del acto testamentario, por lo que se rodea de formalidades no sólo el otorgamiento sino también la apertura del testamento cerrado para hacerlo público con posterioridad a la muerte del *de cuius*, lo cual no indica, sin embargo, que todas y cada una de esas formalidades posean equiparable trascendencia para decidir acerca de la validez o ineficacia del acto testamentario.

Dentro del régimen de la autonomía de la voluntad, que impera en el derecho moderno, las formalidades necesarias para la creación de los actos jurídicos no se presumen, no son susceptibles de interpretación extensiva y menos aún de aplicación por analogía.

Por consiguiente, si el artículo 1080 del Código Civil determina lo que constituye esencialmente el testamento cerrado, allí quedan circunscritas las solemnidades ad

sustantiam —salvo las del inciso 4º, por ministerio del 2º artículo 11, Ley 95 de 1890— de tal suerte que todas las demás previstas por el legislador en la misma materia, lo son simplemente *ad probationem*, sin que esto les reste su valor relativo, y su importancia, no exagerable ciertamente cuando no hay duda acerca de la exactitud y autenticidad del acto testamentario legítimamente otorgado con el lleno de las condiciones formales y materiales prescritas por el ordenamiento para su plena validez.

Afectarla con el apoyo deleznable de vacíos en ritos simplemente procedimentales y de finalidad *ad probationem*, sería tanto como prescindir del derecho sustancial para remitir culto al formulismo, o como sostener que los trámites, lejos de amparar la justicia, tienen por objeto aniquilarla.

Es obvio, entonces, que lo primero, principal y subordinante por cuanto hace a la validez del testamento cerrado ha de consistir siempre en que no falte ninguna de las formas que por su esencia misma exige ese acto solemne. Que es cuanto expresa el referido artículo 1080 del Código Civil.

Es difícil imaginar siquiera mayor dominio del idioma que el del artículo citado al describir con suma claridad el modo como el testamento cerrado debe otorgarse, de acuerdo con la experiencia de todos los tiempos, para asegurarle al testador el fiel cumplimiento de su voluntad después de sus

días. Por eso, aún la omisión de las designaciones del nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos o de las demás que menciona el inciso 4º del artículo 1080, no envuelve nulidad del testamento, "siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, notario o testigo" (2º, 11, Ley 95 de 1890).

Lo cual por corolario significa que si hay certeza en cuanto hace a la validez con que el acto testamentario fue otorgado y acerca de la autenticidad del último querer del causante para disponer de sus bienes conforme a derecho, nada en el campo jurisdiccional puede impedir o en modo alguno desvirtuar el contenido y alcance de la postrema voluntad del difunto.

2.—Es indiscutible que el testamento cerrado exige formalidades para su apertura. Pero no subordinadas del fin a que se destinan, sino subordinadas a garantizar la autenticidad del acto testamentario. Por manera que si la autenticidad del testamento está por fuera del debate judicial a virtud de que la reconocen ambas partes litigantes, cualquier vacío, omisión o reparo en el procedimiento que en la apertura garantiza la misma autenticidad, es del todo intrascendente, y menos en casación como recurso extraordinario, cuyo supuesto estriba en haber sido bien otorgado el derecho en la instancia, salvo impugnación demostrada en la demanda por alguna de las causales enumeradas taxativamente en la ley.

A menos de oposición, que no tiene cabida ante agente diplomático o consular, la apertura del testamento es acto procedimental, pero no de aquellos en que la justicia se administra en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, para resolver controversias entre particulares. La razón es obvia, y la actividad del juez se justifica como testigo especialmente calificado y perspicaz en salvaguarda del testamento que se publica. Por ello, cuando se otorga en el extranjero "puede ser abierto por un Ministro Diplomático de la República, por un Secretario de Legación encargado de ésta, o por un Cónsul, que tenga patente del Gobierno, a petición de la persona en cuyo poder se encuentre el testamento" (927, C. J.).

De manera que si la diligencia de apertu-

ra se efectuó en el extranjero por el Agente Diplomático de la República, a presencia del Secretario de la misión y del Cónsul General de Colombia con letras patentes del Gobierno, además de cuatro de los cinco testigos instrumentales, y cuando uno solo de tales funcionarios estaba facultado en principio para proceder a la apertura, nunca podría descubrirse invalidez del acto testamentario auténtico y legítimamente otorgado, por el hecho de que un Juez foráneo y el administrador provisional de la herencia presenciaron también la publicación del testamento cerrado.

No se trata, en efecto, de la aplicación de la *lex fori*, ni de acto jurisdiccional ninguno del referido juez extranjero con necesidad de exequatur para producir efectos en Colombia. El testamento que se abre viene a ser público, y en tal carácter es la base para abrir a su turno la liquidación sucesoria, de competencia, esta sí, del juez colombiano.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, dos (2) de marzo de mil novecientos sesenta.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez)

En la ciudad de Lausana, de la Confederación Helvética, el 8 de julio de 1944, DAVID RESTREPO MEJIA, nacido en Bogotá, el 16 de octubre de 1876, ordenó su testamento en pliego cerrado. Después de numerosas asignaciones a título singular en favor de personas físicas y entidades de beneficencia social y asistencia pública, dijo:

"DECIMA TERCERA.—El remanente de mis bienes, una vez pagados los legados establecidos en las cláusulas anteriores y una vez hechos todos los gastos ya mencionados, será invertido por mis albaceas y la Junta Directiva en la construcción, en la ciudad de Bogotá, de una clínica de maternidad destinada para familias de la clase media, es decir, personas de condición modesta, como empleados públicos o particulares con sueldo o renta no mayor de unos 150 a 200 pesos mensuales, pequeños industriales, profesionales de escasos recursos y todas aquellas personas que puedan calificarse entre lo que comunmente se llama la clase media económica. Para poder disfrutar de los servicios de la institución que se crea por esta cláusula, será condición esencial que la benefi-

ciada sea colombiana por nacimiento. Si la Junta de que hablo en seguida lo estimare conveniente, podrá establecer algunas salas para personas pudientes que pagarán su pensión respectiva, sin que por esta circunstancia se desvirtúe el fin primordial de la fundación que es el de favorecer particularmente a la clase media. Del mismo remanente de mis bienes, se destinará la parte necesaria para dotar la clínica de que hablo en esta cláusula, de las rentas que su sostenimiento requiera. DECIMA CUARTA.—La institución fundada en la cláusula precedente se denominará "Clínica de Maternidad David Restrepo" y su construcción y administración se llevará a cabo en la forma que indicaré más adelante. DECIMA QUINTA.—Inmediatamente después de abierto y publicado legalmente este testamento, mis albaceas procederán a obtener la personería Jurídica de la Clínica de Maternidad David Restrepo, a la cual instituyo heredera universal del remanente de mis bienes a fin de que judicialmente le sean adjudicados para todos los efectos legales. Mis albaceas y la Junta Directiva serán los representantes legales de esta Institución por un término de tres años a partir de mi fallecimiento. Durante ese plazo mis albaceas y la Junta Directiva tendrán amplias facultades para disponer de mis bienes con el fin ya dicho, pudiendo efectuar para ello en forma absoluta toda clase de trasposos, contratos, ventas, nombramientos de empleados, designación de facultades y sueldos, etc., etc., en su doble calidad de albaceas míos y de representantes legales de la institución que se crea por el presente testamento. El término de tres años a que hago alusión en esta cláusula, podrá ser ampliado, por justa causa, por el Juez, que conozca del correspondiente juicio de sucesión. DECIMA SEXTA.—La construcción del edificio destinado a la Clínica de Maternidad David Restrepo queda a cargo de una Junta Directiva integrada por los señores Eugenio Wiesner, Julio E. Sanz, Luis Soto y Camilo Soto. Los dos primeros desempeñarán dicho cargo en su calidad de albaceas y fijarán los honorarios que correspondan por dicho servicio a los miembros restantes. Las vacantes que ocurran serán llenadas por nombramiento de los miembros sobrevivientes en forma de que funcione siempre con cuatro. La Junta Directiva dispondrá igualmente de tres años para el desempeño de su cometido con la misma facultad en cuanto a prórroga establecida en la cláusula anterior DECIMA SEPTIMA.—Vencido el término de tres años que se fija en las dos cláusulas ante-

riores o el de la prórroga, si fuere el caso, la fundación será administrada por una Junta de tres miembros que tendrán sus respectivos suplentes personales para el caso de falta temporal o accidental de los principales. Dichos miembros y sus suplentes personales serán designados en la siguiente forma: uno por el excelentísimo señor Arzobispo de Bogotá; otro por mi hermana la señora Carlota Restrepo de Rodríguez Maldonado y a la muerte de esta, por el Banco de Bogotá; otro por la Academia Nacional de Medicina. Las faltas absolutas de los miembros de la Junta Administradora serán llenadas por la misma entidad o persona que los había nombrado. DECIMO OCTAVA.—Antes de entregar a la Junta Administradora establecida en la cláusula anterior el edificio en que haya de funcionar la Clínica de Maternidad David Restrepo, los miembros de la Junta Directiva creada en la cláusula decimasexta redactarán, asesorándose para ello de personas competentes si fuere necesario, un reglamento general de esta fundación. En dicho reglamento se determinará expresamente que los servicios de la fundación serán gratuitos para las personas de la clase media económica, entendida ésta según criterio de interpretación fijado en la cláusula decimatercera. Así se hará constar no solo en los respectivos reglamentos sino también en los estatutos que la Junta Directiva presentará al Ministerio de Gobierno al solicitar la personería jurídica para la institución...."

Así fue como el testamento se formalizó el 19 de julio de 1944 en Ginebra ante el Cónsul General de Colombia y cinco testigos; como acaecida la muerte del causante Restrepo Mejía en Lausana el 3 de abril de 1945, siete días después (el 10 de abril de 1945) fue abierta y publicada su última voluntad en la Oficina del Juzgado de Paz del Círculo de Lausana, por el Encargado de Negocios de Colombia en Berna y el Secretario de la Legación, en presencia del Juez, del Cónsul General de Colombia en Suiza, del administrador provisional de la sucesión y de cuatro de los cinco testigos que concurrieron al otorgamiento del acto testamentario. En fin, fue así como el Ministerio de Gobierno por Resolución 456 de 29 de octubre del mismo año de 1945 reconoció personería jurídica a la Clínica de Maternidad David Restrepo.

EL LITIGIO

Con el título de herederos abintestato en con-

dición de sobrinos legítimos del causante, Enrique Restrepo Calancha y Alvaro Restrepo Calancha abrieron la controversia judicial por demanda dirigida contra todos los asignatarios, dentro de los cuales se destaca la Clínica de Maternidad David Restrepo, en solicitud de las siguientes declaraciones:

“**Primera.**— Que es absolutamente NULO, y, en consecuencia, carece de todo valor el testamento cerrado que otorgó don David Restrepo, en la ciudad de Ginebra (Suiza) y por ante el Cónsul General de Colombia en Suiza, el día 19 de julio de 1944, suscrito anteriormente por el testador en la misma ciudad, el día 8 de los citados mes y año, y abierto posteriormente en el Despacho y por ante el Juez de Paz de Lausana (Suiza), el día 10 de abril de 1945.

“**Segunda.**— Que, por lo tanto, pertenecen a los herederos abintestato, de don David Restrepo, llamados por la ley a sucederle, los bienes herenciales dejados por éste al tiempo de su muerte, lo mismo que los frutos naturales y civiles que dichos bienes hayan desde entonces producido o podido producir.

“**Tercera.**— Que, en consecuencia, el juicio de sucesión del citado señor David Restrepo, que actualmente cursa en su Juzgado como sucesión testada, debe continuar regido por las normas legales que regulan la sucesión abintestato; y el patrimonio herencial respectivo, debe liquidarse, distribuirse y adjudicarse, en conformidad con dichas normas; y

“**Cuarta.**— Que los demandados están en la obligación de restituir —consecuencialmente— a los herederos abintestato del señor Restrepo, los bienes que como asignatarios testamentarios del señor Restrepo hayan recibido, junto con los frutos naturales y civiles que ellos hayan producido o podido producir, desde que recibieron tales bienes hasta el día en que verifiquen la restitución”.

Causaron su demanda en nó haberse extendido “la escritura que como otorgamiento del testamento cerrado prescribe la ley colombiana”, ni enviado “a **continuación** del referido acto, y con destino al Ministerio de Relaciones Exteriores, copia auténtica de la carátula del testamento, como lo dispone la ley colombiana”; en que el 10 de abril de 1945 “sin que mediara la previa solicitud por escrito que ordena la ley, y por lo tanto,

sin que para ese acto se hubiera hecho previo señalamiento del día y hora, ni recibidos las declaraciones del Cónsul del otorgamiento y de los testigos instrumentales, se llevó a cabo la **apertura o publicación** del testamento cerrado del señor David Restrepo”, sin que tampoco se presentara entonces “la escritura del otorgamiento de la memoria testamentaria”; en que este acto de la apertura se hizo con actuación de un funcionario extranjero, el Juez de Paz de Lausana, y con sólo cuatro de los cinco testigos instrumentales; en que ni el Encargado de Negocios ni el Secretario de la Legación de Colombia en Suiza, como tampoco el Cónsul General de la República, podían ejercer “en aquel acto, funciones jurisdiccionales anexas a los cargos para que se hallaban acreditados por el Gobierno de Colombia”; en que “ni el Cónsul del otorgamiento, ni uno de los testigos instrumentales de este acto —legal ni ilegalmente— **reconocieron** en el acto de la publicación ‘su firma y la del testador’, ni **declararon** que el testamento ‘en su concepto está cerrado, sellado o marcado, como en el acto de la entrega’”; en que el pretense reconocimiento de sus propias firmas de los cuatro testigos presentes, se hizo ante un funcionario extranjero, y sin la previa solemnidad del juramento que ordena la ley; y, en síntesis, en que no se cumplieron las formas propias de la apertura del testamento.

El proceso desapareció por la acción del fuego el 9 de abril de 1948, pero fue reconstruido en los términos de los Decretos 1683 del 19 de mayo y 4135 de 16 de diciembre del mismo año, y el Juez del conocimiento, 2º Civil del Circuito de Bogotá, cerró el debate en primera instancia por fallo del 2 de noviembre de 1955, cuya parte resolutoria expresa:

“**Primero.**— Niéganse las súplicas de la demanda. En consecuencia, no es el caso de hacer las declaraciones solicitadas en el libelo.

“**Segundo.**— Decrétase la cancelación del registro de la demanda. Comuníquese a quien corresponda.

“**Tercero.**— Condénase en las costas del juicio a la parte actora. Tásense”.

Abierta la segunda instancia por alzada de los actores, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá le puso fin en pronunciamiento del 4 de diciembre de 1958, que confirma el de primer grado. Y es ya la oportunidad de resolver sobre

el recurso de casación interpuesto por la parte vencida.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal parte de la base de que cuando es indudable la identidad entre el testamento debidamente otorgado y el que se presenta para la apertura, no es posible deducir causal que lo invalide, aunque "los trámites propios de la apertura no sean cumplidos estrictamente".

Considera que si bien el artículo 11 de la Ley 95 de 1890 dice que 'no tendrá ningún valor' el testamento cuando se haya omitido cualquiera de las formalidades a que debe sujetarse 'según los artículos precedentes' dentro de los que se cuenta el 1.082 del Código Civil, ello no puede entenderse así, sino de los requisitos *ad solemnitatem* en el acto del otorgamiento, que no en la apertura, desde luego que la validez del testamento no ha de estar sujeta a la contingencia de errores o defectos de funcionarios o personas en un todo ajenas al acto solemne de última voluntad.

Que en el caso *sub iudice* la parte actora ha expresado que la demanda no alude al acto del otorgamiento, sino al de apertura o publicación, cuando dice: "Ante todo, y como lo expreso en la demanda, nótese bien que en ella no aludo al ACTO DEL OTORGAMIENTO, sino al de APERTURA O PUBLICACION, porque bien sé de las fundamentales diferencias que los distinguen, y que vale la pena recordar aquí, para que no vuelva a incurrirse en el despropósito de identificarlos, aplicándoles indistintamente disposiciones y principios que a su propia naturaleza repugnan".

Que como el testamento fue abierto en país extranjero y la diligencia respectiva no puede considerarse "en forma absoluta como 'una atribución de orden público o soberanía'" sino apenas como acto consecuencial del otorgamiento, que se gobierna "por la ley local del país donde se lleva a cabo siguiendo el principio *locus regit actum*", pueden no armonizar con la ley colombiana los trámites para la apertura del testamento.

Que si al tenor del artículo 21 del Código Civil la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados y la autenticidad se prueba según las reglas del Código Judicial, y puesto que la forma consiste en las solemnidades externas y la autenticidad en el hecho de haber sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en tales instrumentos se expresa, y es

la comprobación de la autenticidad lo que persiguen los artículos 1082 del Código Civil y sus concordantes del Código Judicial, bien puede cumplirse esa finalidad por el acatamiento de la ley local.

Que los diplomáticos no ejercen actos jurisdiccionales en la apertura de testamentos, que de cumplirlos no habría razón ninguna para privarlos de conocer del incidente de oposición según lo estatuye el artículo 932 del Código Judicial.

Y que por cuanto a términos del artículo 657 del Código Judicial, modificado por el artículo 1º de la ley 39 de 1933, se presume que los instrumentos públicos y privados se conforman con la ley del lugar de su otorgamiento, cuando están autenticados por el respectivo agente diplomático o consular de la República, y así lo fue el testamento de David Restrepo Mejía y su apertura, surge la presunción de que todo se hizo con acatamiento de la ley del lugar donde tales actos se cumplieron.

En calidad de motivos, superabundantes, el Tribunal se ocupa en el estudio conducente a saber si las tachas alegadas sobre incumplimiento de las leyes colombianas en la apertura del testamento dan base o no para invalidarlo. Y con relación, primeramente, a la que consiste en no haberse otorgado la escritura prevista por la Ley 36 de 1931, con fundamento en reiterada doctrina de la Corte, sostiene el sentenciador que esa formalidad por su naturaleza no hace parte del acto testamentario y, por lo mismo, no es esencial para su validez. Menos cuando como en el caso de autos existe certificación del Cónsul de Colombia en Ginebra, de que aparece cómo en su despacho fue otorgada la escritura 133 de 19 de julio de 1944 con respecto al testamento de David Restrepo Mejía.

Acerca de que no se enviara a continuación del referido acto y con destino al Ministerio de Relaciones Exteriores copia auténtica de la carátula, el Tribunal encuentra que la aludida certificación demuestra cómo en el protocolo del Consulado aparece la constancia marcada con el número 135, fechada el 21 de julio de 1944, suscrita por el Cónsul y redactada así: "Hoy se envió con oficio remisorio N° 6679 una copia auténtica de la carátula del testamento cerrado del señor David Restrepo, a la Legación de la República en Berna para ser remitida al Ministerio de Relaciones Exteriores según lo dispone el artículo 1085 del Código Civil Colombiano". Y agrega el sentenciador:

"Ahora, está probado que el Ministerio envió la carátula al Gobernador de Cundinamarca, según nota 5637 de 10 de octubre de 1944 y que el Gobernador la remitió al Juez Civil del Circuito de Bogotá, quien ordenó su protocolización, la cual llevose a efecto según la escritura número 5168 de fecha 13 de diciembre de 1944 de la Notaría 1ª de Bogotá, instrumento que en copia debidamente expedida obra a los folios 52 a 56 del cuaderno 6º".

Cuanto a que sin mediar solicitud escrita, sin previo señalamiento de día y hora, y sin recibir declaraciones del Cónsul del otorgamiento y de los testigos instrumentales se abriera el testamento, estima el sentenciador que la apertura hace suponer la solicitud, que el señalamiento de fecha y hora no tiene otro fin que el de la asistencia de las personas que lo desearan, y que, como consta en el acta respectiva, los testigos fueron interrogados, salvo Willy Neier quien por enfermedad no concurrió, y el Cónsul estuvo presente y suscribió el acta, como reconocimiento implícito de su firma puesta en la carátula. Por todo lo cual el reparo carece de trascendencia, lo mismo que el consistente en no haberse presentado con la solicitud de apertura una copia del instrumento a que alude el artículo 4º de la Ley 36 de 1931, pues el Tribunal estima que si en conformidad con doctrina de la Corte la omisión de la escritura misma no determina la nulidad del testamento, menos aún podría desprenderse el vicio por la circunstancia de que la solicitud de publicación no esté acompañada de copia de la dicha escritura.

Por cuanto a que la diligencia se efectuara en la Oficina del Juez de Paz de Lausana, y que haya inexactitud en que el Encargado de Negocios de Colombia abriese el pliego respectivo, observa el sentenciador que el acta levantada entonces es un instrumento público y auténtico, de los "extendidos en el Extranjero con intervención de Agentes Diplomáticos o Consulares de Colombia" cuyas copias autorizadas sólo requieren la autenticación del Ministerio de Relaciones Exteriores (658 C. J.); que fue la recibida por las diligencias provenientes de Ginebra con relación al testamento de Restrepo Mejía, que interpretadas según las normas de hermenéutica demuestran que el Agente Diplomático de Colombia fue quien abrió el testamento.

Sobre que ningún agente extranjero puede ejercer funciones jurisdiccionales a nombre y en representación del soberano de Colombia, halla el

Tribunal que apenas se trata de "perfeccionar la forma de un instrumento otorgado en el Extranjero" y no de ejercer jurisdicción.

Y así, uno a uno, estudia el Tribunal y desestima todos los demás reparos de que la parte actora hace mérito.

LA ACUSACION

Contempla tres cargos por la causal 1ª, a saber:

I.—"Violación de los artículos 11 de la Ley 95 de 1890, 27 y 1082 del Código Civil, 1740 y 1741 de la propia obra".

Según el sentenciador "la falta o carencia de las formalidades establecidas por la ley para la apertura de un testamento cerrado no acarrea la nulidad del mismo", lo cual, en sentir del recurrente, envuelve "un manifiesto y directo quebranto del precepto legal contenido en el artículo 11 de la Ley 95 de 1890, antiguo 1083 del Código Civil, que es claro en su texto cuando afirma que la falta de las formalidades prescritas en los artículos precedentes, entre los cuales está comprendido el 1082 del Código Civil, acarrea la nulidad del testamento." Y después de algún comentario, agrega:

"Al sostener el Tribunal, como lo sostiene, que el artículo 11 de la Ley 95 de 1890 no es aplicable a las solemnidades estatuidas por el artículo 1082 del Código Civil sino que se refiere a otros preceptos legales que regulan la testamentifacción, porque ellos por su naturaleza simplemente procedimental son extraños a la esencia del testamento y sólo persiguen en un plano secundario verificar la autenticidad que el testamento lleva implícitamente cuando ha sido otorgado en debida forma, interpreta erróneamente la ley y viola el artículo 11 de la Ley 95 de 1890 de manera indirecta por cuanto merced a esa interpretación deja de darle aplicación al caso del pleito, siendo debida tal aplicación y llegando a una conclusión contraria a la que la ley estatuye, o sea la de la nulidad del testamento, conclusión ésta a la que hubiera llegado de manera inexorable si atento a la ley y a su recta inteligencia hubiese aplicado la norma que dejó de aplicar siendo el caso de hacerlo".

De otra parte alude a que las formalidades del artículo 1082, no son, ni pueden ser simples medios probatorios, sino verdaderas fórmulas sustanciales, *ad substantiam*. Se refiere al artículo 27 del Código Civil para considerarlo directamente violado cuando enseña que si el precepto es claro

no puede desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, y a los artículos 1740 y 1741 *ibidem*, que predicen nulidad absoluta por la omisión de algún requisito o formalidad que la ley prescribe para el valor de los actos jurídicos en consideración a la naturaleza de ellos, y dice el recurrente que el sentenciador debió estar atento a esas normas, en vez de quebrantarlas por falta de aplicación al testamento impugnado.

II.—Hace la crítica del fallo en cuanto admite “que no sólo el otorgamiento sino la consiguiente apertura de un testamento en el exterior puede válidamente llevarse a cabo por la ley local del respectivo país, de acuerdo con la regla *locus regit actum*”, y dice que nunca un juez o funcionario extranjero es competente para iniciar o adelantar un juicio de sucesión que deba serlo en Colombia, ni por lo mismo “para abrir válidamente el testamento de un nacional domiciliario colombiano.” Afirma que el sentenciador confunde y hasta identifica el otorgamiento con la apertura o publicación del testamento cerrado “para aplicar a este último principio jurídico que sólo rige respecto del primero”. Agrega que la apertura o publicación no es acto particular de la persona sino función jurisdiccional del soberano por cuyas leyes ha de regirse el juicio de sucesión de que forma parte (893 C. J.) y que como tal no puede válidamente ejecutarse sino por los órganos jurisdiccionales que esas mismas leyes establecen, a saber: por el juez competente del último domicilio del causante, en los casos ordinarios (1012 C. C. y 152 C. J.), y excepcionalmente para los testamentos otorgados en el exterior por un colombiano o por un extranjero domiciliado en Colombia, por el respectivo agente diplomático o consular. (927 C. J.).

Aquella confusión, dice la demanda, llevó al sentenciador a aplicar el principio *locus regit actum* o *lex loci regit actum*, olvidándose de la *lex fori* o ley del juicio, que es la que exactamente corresponde, y la cual nunca ha podido ni podrá jamás resignar en la extranjería el régimen jurisdiccional que es privativa de sus propios órganos.

Se refiere a los antecedentes legislativos para sostener que es el juez y por excepción los agentes diplomáticos o consulares, quienes tienen competencia para abrir el testamento. Y señala los textos infringidos, así:

a) Error de hecho evidente al afirmar que el testamento se otorgó al amparo de la ley del lugar, lo que condujo al quebranto de los arts. 1082, 1085 del C. C. y 927 del C. J.; y

b) Violación de los artículos 142, 143, 144, 893 y 927 del C. J., 1082 del C. C. y 11, L. 95 de 1890.

III.—Alega ausencia de la escritura pública prevista por la Ley 36 de 1931, que condujo a la violación de los artículos 1740 y 1741 del C. C., en el entendimiento de que la susodicha escritura no constituye un elemento sustancial del acto testamenario.

Considera que hubo error de hecho en el sentenciador al apreciar el certificado del Cónsul en Ginebra, acerca de que tal escritura se otorgó, puesto que allí no se habla de la clase, estado y forma de los sellos o señales que como medidas de seguridad contuviera la cubierta, con lo que se viola el artículo 2º, Ley 36 de 1931. Y al conceder al certificado un valor probatorio que la ley no le asigna, opina el recurrente que en el sentenciador hubo error de derecho como vehículo para violar los artículos 630, 632, 636 y 658 del C. J. y 1760 del C. C., que no permite suplir con otra prueba la falta de instrumento público cuando la ley lo exige.

Aduce, además, error de hecho en cuanto el Tribunal admitió que hubieran sido tomadas las declaraciones respectivas de los testigos instrumentales; y de derecho, al dar a los términos del acta de apertura el significado de haberse recibido esos mismos testimonios en legal forma, sin que las declaraciones aparezcan y cuando en realidad deben ser tomadas en la manera prevista por los artículos 683, 684, 687 y 688 del C. J. Considera igualmente violados los artículos 1082, 1740 y 1741 del C. C., y 45 de la Ley 100 de 1892 (sic).

SE CONSIDERA:

1.—Si en conformidad con la ley civil el testamento es un acto más o menos solemne, pero nunca exento de formalidades, la razón del sistema normativo consiste en alcanzar el fin jurídico de que no pueda remitirse a duda alguna la última voluntad del causante, espontánea y libremente expresada para ser ley de la herencia.

2.—Cuando por motivos que se refugian en el fuero interno, respetado por el legislador en todas las naciones civilizadas de la tierra, el testador quiere guardar en secreto sus disposiciones últimas, sube de punto la necesidad social de obtener certeza sobre la autenticidad del acto testamenario, por lo que se rodea de formalidades no sólo el otorgamiento sino también la apertura del testamento cerrado para hacerlo público con posterioridad a la muerte del *de cujus*, lo cual no indica, sin embargo, que todas y cada una de esas

formalidades posean equiparable trascendencia para decidir acerca de la validez o ineficacia del acto testamentario.

3.—Dentro del régimen de la autonomía de la voluntad, que impera en el derecho moderno y concretamente en derecho colombiano, las formalidades necesarias para la creación de los actos jurídicos no se presumen, no son susceptibles de interpretación extensiva y menos aún de aplicación por analogía.

Por consiguiente, si el artículo 1080 del Código Civil determina lo que constituye esencialmente el testamento cerrado, allí quedan circunscritas las solemnidades *ad substantiam* —salvo las del inciso 4º, por ministerio del 2º, artículo 11, Ley 95 de 1890— de tal suerte que todas las demás previstas por el legislador en la misma materia, lo son simplemente *ad probationem*, sin que esto les reste su valor relativo y su importancia, no exagerable ciertamente cuando no hay duda acerca de la exactitud y autenticidad del acto testamentario legítimamente otorgado con el lleno de las condiciones formales y materiales prescritas por el ordenamiento para su plena validez.

Afectarla con el apoyo deleznable de vacíos en ritos simplemente procedimentales y de finalidad *ad probationem*, sería tanto como prescindir del derecho sustancial para rendir culto al formulismo, o como sostener que los trámites, lejos de amparar la justicia, tienen por objeto aniquilarla.

4.—Es obvio, entonces, que lo primero, principal y subordinante por cuanto hace a la validez del testamento cerrado ha de consistir siempre en que no falte ninguna de las formas que por su esencia misma exige ese acto solemne. Que es cuanto expresa el referido artículo 1080 del Código Civil, al decir así:

“Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al notario y los testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz, y de manera que el notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan (salvo el caso del artículo siguiente —testamento de quien no puede entender o ser entendido de viva voz) que en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos podrán hacer esta declaración, escribiéndola a presencia del notario y los testigos.

“El testamento deberá estar firmado por el testador. La cubierta del testamento estará cerrada o se cerrará exteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta.

“Queda al arbitrio del testador estampar un sello o marca, o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta.

“El notario expresará sobre la cubierta, bajo el epígrafe *testamento*, la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos, y el lugar, día, mes y año del otorgamiento.

“Termina el otorgamiento por las firmas del testador, de los testigos y del notario, sobre la cubierta.

“Si el testador no pudiere firmar al tiempo del otorgamiento, firmará por él otra persona diferente de los testigos instrumentales, y si alguno o algunos de los testigos no supieren o no pudieren firmar, lo harán otros por los que no supieren o no pudieren hacerlo, de manera que en la cubierta aparezcan siempre siete firmas: la del testador, las de los testigos y la del notario.

“Durante el otorgamiento estarán presentes, además del testador, un mismo notario y unos mismos testigos, y no habrá interrupción alguna sino en los breves intervalos en que algún accidente lo exigiere”.

Es difícil imaginar siquiera mayor dominio del idioma que el del artículo 1080 al describir con suma claridad el modo como el testamento cerrado debe otorgarse, de acuerdo con la experiencia de todos los tiempos, para asegurarle al testador el fiel cumplimiento de su voluntad después de sus días. Por eso, aún la omisión de las designaciones del nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos o de las demás que menciona el inciso 4º transcrito, no envuelve nulidad del testamento, “siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, notario o testigo.” (2º, 11, Ley 95 de 1890).

Lo cual por corolario significa que si hay certeza en cuanto hace a la validez con que el acto testamentario fue otorgado y acerca de la autenticidad del último querer del causante para disponer de sus bienes conforme a derecho, nada en el campo jurisdiccional puede impedir o en modo alguno desvirtuar el contenido y alcance de la postrera voluntad del difunto.

5.—Es indiscutible que el testamento cerrado exige formalidades para su apertura. Pero no subordinantes del fin a que se destinan, sino subordinadas a garantizar la autenticidad del acto testamentario. Por manera que si la autenticidad

del testamento de David Restrepo Mejía está por fuera del debate judicial a virtud de que la reconocen ambas partes litigantes, cualquier vacío, omisión o reparo en el procedimiento que en la apertura garantiza la misma autenticidad, es del todo intrascendente, y menos en casación como recurso extraordinario, cuyo supuesto estriba en haber sido bien otorgado el derecho en la instancia, salvo impugnación demostrada en la demanda por alguna de las causales enumeradas taxativamente en la ley.

6.—A menos de oposición, que no la hubo ni tiene cabida ante agente diplomático o consular, la apertura del testamento es acto procedimental, pero no de aquellos en que la justicia se administra en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, para resolver controversias entre particulares. La razón es obvia, y la actividad del juez se justifica como testigo especialmente calificado y perspicaz en salvaguarda del testamento que se publica. Por ello, cuando se otorga en el extranjero, "puede ser abierto por un Ministro Diplomático de la República, por un Secretario de Legación encargado de ésta o por un Cónsul, que tenga patente del Gobierno, a petición de la persona en cuyo poder se encuentre el testamento." (927, C. J.).

De manera que si en la diligencia de autos, la apertura, como lo aclara y acredita el acta respectiva, se efectuó por el Agente Diplomático de la República, a presencia del Secretario de la misión y del Cónsul General de Colombia con letras patentes del Gobierno, además de cuatro de los cinco testigos instrumentales, y cuando uno solo de tales funcionarios estaba facultado en principio para proceder a la apertura, nunca podría descubrirse invalidez del acto testamentario auténtico y legítimamente otorgado, por el hecho de

que un Juez de la Confederación Helvética y el administrador provisional de la herencia presenciaron también la publicación del testamento cerrado de David Restrepo Mejía.

No se trata, en efecto, de la aplicación de la *lex fori*, ni de acto jurisdiccional ninguno del Juez de Paz de Lausana con necesidad de *exequatur* para producir efectos en Colombia. El testamento que se abre viene a ser público, y en tal carácter es la base para abrir a su turno la liquidación sucesoria, de competencia, esta sí, del juez colombiano.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, 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 de fecha 4 de diciembre de 1958 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

José Hernández Arbeláez, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez R., Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique López de La Pava, Arturo C. Posada.

Jorge Soto Soto
Secretario