

REPUBLICA DE COLOMBIA

Dr. MARCO A. ARIAS M.
de la Universidad Nacional.

ALEGATO DE CONCLUSION PRESENTADO ANTE
EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL TOLIMA, EN LA
SEGUNDA INSTANCIA DEL JUICIO SOBRE NULIDAD
DEL TESTAMENTO DE GREGORIO OYUELA, Y
SENTENCIA DEL MISMO TRIBUNAL.



TIPOGRAFIA «EL MERIDIANO»

IBAGUE — 1924

Dr. MARCO A. ARIAS M.
de la Universidad Nacional.

ALEGATO DE CONCLUSION PRESENTADO ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL TOLIMA, EN LA SEGUNDA INSTANCIA DEL JUICIO SOBRE NULIDAD DEL TESTAMENTO DE GREGORIO OYUELA, Y SENTENCIA DEL MISMO TRIBUNAL.



TIPOGRAFIA «EL MERIDIANO»

IBAGUE — 1924



ALEGATO

DEL APODERADO DE MANUEL A. GUTIERREZ C. EN LA SEGUNDA INSTANCIA DEL JUICIO SOBRE NULIDAD DEL TESTAMENTO DE GREGORIO OYUELA.

Señores Magistrados:

Como apoderado de Manuel A. Gutiérrez C. en el juicio sobre nulidad del testamento de Gregorio Oyuela que cursa ante ese honorable Tribunal, con todo respeto os expongo:

Con fecha 7 de julio de mil novecientos diez y ocho, mi poderdante demandó ante el señor Juez 1.º de este Circuito la nulidad del expresado testamento, y apoyó su acción en los hechos siguientes:

a). Que el referido Oyuela murió en el Espinal el 15 de abril de 1912, sin dejar ascendientes ni descendientes legítimos;

b). Que el testador no era hábil para testar en el momento de otorgar su testamento, por cuanto no podía expresar claramente su voluntad ni de palabra ni por escrito, ni estaba en su sano juicio;

c). Que el testador no podía entender ni ser entendido de viva voz;

d). Que el testador no hizo sabedores a los testigos, de su testamento;

e). Que entre los testigos instrumentales Hipólito Devia U. y Daniel Rodríguez D. existe parentesco de consanguinidad en tercer grado, por ser Daniel sobrino legítimo de Hipólito;

f). Que después de suscrito el testamento, el testador no lo hizo leer en alta voz, como lo ordena la ley;

g). Que sabiendo firmar el testador Oyuela, el testamento aparece firmado a ruego por Zacarías Luna;

h). Que tanto a éste como al testigo Daniel Rodríguez D. les resulta provecho directo del testamento, pues allí se les reconoció una deuda hereditaria;

i). Que en el cuerpo del testamento no se hizo la determinación de los testigos por sus nombres y apellidos como lo exige la ley;

j). Que por instrumento número 6 otorgado en la población de Coello el 5 de julio de 1883, el citado Oyuela reconoció como hijos naturales a Belisario y Aureliano Oyuelas;

k). Que Gregorio Oyuela G. es hijo legítimo del citado Belisario Oyuela; y,

l). Que Manuel A. Gutiérrez C., es cesionario del expresado Gregorio Oyuela G. en los derechos y acciones de éste en la sucesión del finado Gregorio Oyuela L. al tenor de la escritura número 134, otorgada en Ambalema el 26 de mayo de 1913.

Subsidiariamente pidió mi mandante que se declarase sin ningún valor ni efecto el reconocimiento de hijos naturales hecho por el finado Oyuela en su testamento a favor de Elvira, Rosa Elena, Margarita, Marcos y Gerardo, y apoyó su demanda en el hecho de que al hacer este reconocimiento no hizo, como lo manda la Ley, determinación clara y precisa de los individuos reconocidos como hijos naturales.

Tanto la acción principal como el remedio subsidiario los fundó mi mandante en varios artículos de nuestra ley sustantiva, entre ellos los 1055-1061 1068-1081-1083-1118-2594 y 2595, con sus pertinentes, del Código Civil.

Con la demanda se acompañaron estos documentos: a) Copia debidamente registrada de la es-

critura número 6 de 5 de julio, citada; b) copia también registrada de la escritura número 134 de 26 de mayo de 1913, ya anotada; c) copia de la número 58 de 7 de junio de 1912, sobre protocolización del testamento cuya nulidad se pide; y d) algunos otros documentos de origen eclesiástico con algunas declaraciones de hecho.

De la demanda así acondicionada se corrió el debido traslado a los demandados Bernardino Olaya, albacea testamentario, Elvira, Rosa Elena, Margarita, Marcos y Gerardo Oyuelas, quienes aceptaron unos hechos, negaron otros y propusieron la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería del demandante.

Recibidas las pruebas aducidas, y surtidos los demás trámites de regla, el Juez del conocimiento puso término al negocio con sentencia de fecha 13 de octubre de 1922, que absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda.

En virtud de apelación de la parte agraviada, el asunto subió al Tribunal a donde se trajeron nuevos elementos probatorios y se ampliaron los aducidos en primera instancia.

En esta forma, vencido el término de probanzas, y siendo el caso de alegar de conclusión, procedo a ello en *pro* de los intereses de mi mandante, así:

La palabra *testamento*, dice Eserich, viene de las voces latinas *testatio mentis*, testimonio de la voluntad, porque efectivamente es una manifestación de nuestra voluntad deliberada, hecha ante testigos, con todas las formalidades que prescriben las leyes, para evitar fraudes y suposiciones de testamentos que pueda forjar la codicia de los hombres.

Según el artículo 1055 de nuestro Código Civil, el testamento es un acto más o menos solemne en que una persona dispone de todo o una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva.

Esta definición parece derivarse de la romana que decía: *Testamento* es la expresión solemne de nuestra voluntad acerca de lo que cada uno quiere se haga después de su muerte.

De lo dicho se deduce rectamente que el *testamento* es uno de los actos más solemnes de la vida del hombre, y de aquí la necesidad de que tal acto sea por todo extremo *racional y voluntario*.

Los vicios que pueden anular un testamento o son *esenciales*, o simplemente de *forma*.—De los primeros trata el capítulo I, título III del Libro III del Código Civil; a los segundos se refiere al artículo 11 de la Ley 95 de 1890, que reemplaza el 1083 del citado Código Civil.

Respecto de los vicios *esenciales*, aparecen en primer término los que dicen relación a la inhabilidad del testador de que trata el artículo 1061 *ibidem*, que estatuye: «No son hábiles para testar: 1.º El impuber; 2.º El que se hallare bajo interdicción por causa de demencia; 3.º El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa; y 4.º Todo el que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente».

Como se observa, estos cuatro casos se refieren a la *falta de conocimiento y de voluntad* del testador, que son el alma y suprema ley del testamento.

Acerca de la causal 3.ª dice el expositor Vélez, que esta inhabilidad comprende al loco, al imbecil ó idiota, y en general a todos aquellos que por enfermedad u otra causa tengan perturbadas sus facultades mentales. Y, que la razón en que se funda la mencionada causal, es que a todos los individuos debe suponerseles en el uso de sus facultades mentales, mientras no se pruebe lo contrario, pero que probado, es decir, demostrado que el que ejecutó el acto, tenía aquellas perturbadas, no sería justo declarar válido dicho acto.—Un Tribunal de Francia invalidó un testamento en el cual un individuo afectado de un trastorno funcional de la intelligen-

cia desheredó a un hermano e instituyó como su heredero a un extraño.

Respecto a la causal 4.^a, dice el mismo expositor: « Esto se funda en que el testamento por ser la última voluntad de una persona que ya no existe cuando aquel va a ejecutarse, debe ser obra de quien pudo decir *claramente* al notario o a los testigos, lo que dispone acerca de sus bienes para después de sus días ».

Luego si no puede hablar con claridad o escribir, de modo que sus palabras sean el trasunto de su voluntad deliberada, su testamento no tiene ningún valor.—Así, el ebrio, el demente o el idiota, pueden hablar y aun escribir, pero sus actos intelectivos y volitivos están necesariamente perturbados por la afección morbosa que los aqueja.

En el derecho romano era permitido testar o contestar por señas, pero la ley chilena y la nuestra, lo han prohibido en absoluto y con buenos fundamentos para ello, y por eso no admite ni siquiera los monosílabos (artículo 1118 del Código Civil), ya que así se podría hacer testar a un ebrio o a un demente, y dar lugar a mil supercherías.

El artículo 1081 del citado Código, no permite otorgar testamento cerrado al que no pueda entender ni ser entendido de viva voz.—Como se ve es éste un corolario del precepto—contenido en el ordinal 4.^o del artículo 1061 del mismo Código, que declara inhábil para testar de cualquier modo a todo el que de palabra o por escrito no pudiere expresarse claramente, y así lo tiene resuelto el Tribunal de Medellín.

Esto por lo que toca a los vicios *esenciales* de los testamentos, y, refiriéndonos ahora a los *especiales* de que habla la demanda, anotaremos:

Los ordinales 15 y 17 del artículo 1068 *ibidem*, disponen que no pueden ser testigos de un testamento, los que tengan entre sí parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, lo mismo que los legatarios y todos aquellos

que deriven un provecho directo del testamento. En relación con esta prohibición, la Corte Suprema ha dictado varios fallos.—En 27 de junio de 1891, resolvió que adolece de nulidad un testamento cuando figuran en él como testigos, personas que sean parientes entre sí en los grados de que se trata, y en casación de 30 de noviembre de 1894 dice la Corte que son deudas hereditarias las confesadas por el testador en su testamento y acerca de las cuales no se presente un principio de prueba por escrito», y añade, «que tales deudas equivalen a *legados gratuitos* al tenor de lo preceptuado en el artículo 1191 del Código Civil.

Ahora bien, a la luz de estos principios jurídicos rectamente aplicados al caso que se contempla, veamos si las pruebas aducidas en el juicio, especialmente las traídas al proceso en segunda instancia, son poderosas a establecer con firmeza los hechos fundamentales de la demanda y particularmente las que dicen relación a la falta de conocimiento y voluntad del testador Gregorio Oyuela.

En primer lugar habremos de anotar el hecho de que la parte contraria hábilmente representada por el bien conocido y respetado abogado doctor Juan M.^a Arbeláez, no trajo a los autos otra prueba que un conainterrogatorio de testigos, que aún no se ha practicado en los momentos en que se confecciona el presente alegato de conclusión.

De nuestra parte las probanzas se han formulado así:

Con la copia debidamente registrada de la escritura número 58 de 7 junio de 1912, que reza la protocolización de las diligencias testamentarias en la sucesión del finado Gregorio Oyuela, se acreditan plenamente estos hechos:

- a). Que el citado Oyuela murió testado;
- b). Que con fecha 13 de abril del expresado año de 1912, otorgó en el Municipio de Coello, testamento abierto por ante cinco testigos que fueron: Francisco Santos U., Daniel Rodríguez D.,

Hipólito Devia U., José María Meneses y Justo Ferro R.;

c). Que en dicho testamento, en su cláusula 3.^a reconoció como hijos naturales a Elvira, Rosa Elena, Margarita, Marcos y Gerardo, sin expresar su apellido ni determinarlos en forma alguna;

d). Que en el mismo acto testamentario nombró como albacea a Bernardino Olaya;

e). Que al testigo instrumental Daniel Rodríguez le reconoció en la cláusula 7.^a del testamento, la suma de \$ 14 como deuda hereditaria;

f). Que a Zacarías Luna V. se le reconoció en la misma cláusula 7.^a la suma de \$ 16,81, también como deuda hereditaria;

g). Que el testador no hizo leer el testamento por ninguno de los testigos;

h). Que no se expresó en el cuerpo del testamento el nombre, apellido, etc. de los testigos instrumentales; y,

i). Que el testador no hizo sabedores a los testigos del contenido del testamento.

Con la copia de la escritura número 6 de 5 de julio de 1883 que debidamente registrada se acompañó a la demanda, queda plenamente comprobado el reconocimiento que de hijos naturales hizo el finado Oyuela, en las personas de Aureliano y Belisario Oyuelas, habidos por dicho señor en estado de soltería en la señora Dolores Leiva. Pudo suceder que tal reconocimiento no fuera aceptado dentro del término fijado en el artículo 344 del antiguo Código Civil del Tolima, tomado del de Cundinamarca y que rige hoy (artículo 243 del Código Civil), pero tal circunstancia no invalida el reconocimiento y antes bien lo hace presumir de derecho. (Artículo 66 inciso 2.^o ibidem).

Con la copia de la escritura número 134 de 25 de mayo de 1913, se comprueba la cesión que Gregorio Oyuela G. le hizo a mi mandante de todos sus derechos y acciones en la sucesión dicha, carácter que le fué reconocido por el señor Juez 2.^o del Cir-

cuito de este lugar, como está acreditado en autos. (Folios 66 del cuaderno de pruebas).

Con la copia debidamente registrada de la escritura número 300 de 20 de noviembre de 1917, compruebo que Belisario Oyuela le vendió a mi mandante Gutiérrez C. todos sus derechos y acciones en la sucesión, y este carácter le fué reconocido en el juicio, como también consta de autos (Folios 83 y 84 del cuaderno principal).

La calidad de hijo legítimo de Gregorio Oyuela G. respecto de Belisario Oyuela, también está comprobada con la correspondiente partida de origen eclesiástico. (Folios 49 del cuaderno de pruebas).

El parentesco de consanguinidad entre los testigos instrumentales Hipólito Devia U. y Daniel Rodríguez D., a falta de la prueba principal, está demostrado con la supletoria de los testigos Remigio Sánchez, Ambrosio Devia y José M.^s Montealegre.

Cuánto al vicio del testamento por la incapacidad del testador que es el punto más grave del pleito, copiaré textualmente las declaraciones de los testigos instrumentales, de los testigos particulares, la del médico de cabecera del testador, y, finalmente la del honorable facultativo doctor Plinio Rengifo, que son del tenor siguiente:

El testigo Justo Ferro, (folios 53 y 54 del cuaderno de pruebas), dijo:

« Al punto 1.º: Es cierto que en mi calidad de testigo instrumental presencié el testamento abierto, otorgado por el señor Gregorio Oyuela en la población y en la fecha porque se me pregunta.

Al 2.º: Es cierto y me consta por haberlo visto y presenciado que el testador Oyuela, en el acto de su testamento se encontraba en un estado de gravedad tal, que sus facultades físicas y mentales, estaban completamente decaídas a consecuencia de la enfermedad de que falleció al subsiguiente día por la mañana.

Al 3.º: Es cierto y me consta por haberlo visto

y presenciado, que en el acto del testamento el citado Oyuela no estaba en su pleno y sano juicio, ni podía expresar de palabra o por escrito su voluntad claramente, pues a consecuencia de la enfermedad del testador, éste se encontraba como dormido y aletargado, sin darse cuenta de lo que ocurría; tenía los ojos cerrados, poco se movía y casi no se le entendían las pocas palabras que pretendía articular».

El testigo José María Meneses, (folios 582 y 59 del cuaderno de pruebas), dijo:

Al 2.º punto: Es verdad que presencié como testigo instrumental el testamento abierto otorgado por el señor Gregorio Oyuela en la población de Coello.....

Al 4.º: Me consta por haberlo visto y presenciado que en el acto del testamento, el citado Oyuela, por su gravedad no podía expresarse de palabra para dar a conocer su voluntad claramente, ni menos por escrito, pues estaba como dormido y aletargado, tenía los ojos cerrados, poco se movía, y casi no se le entendían las pocas palabras que pretendía articular ».

Al 5.º: Sé y me consta por haberlo presenciado y visto, que Bernardino Olaya le preguntaba al enfermo en voz alta cada una de las cláusulas del testamento que iban escribiendo, pero el testador por su gravedad, con mucho trabajo y después de repetirle las preguntas varias veces, sólo contestaba las palabras *sí o no*, en voz baja ».

El otro testigo instrumental Daniel Rodríguez, ratificado ante el Tribunal, en la forma prevenida en el artículo 618 del Código Judicial (fs. 13 y 14 del cuaderno principal), dijo:

Al punto 3.º: Es verdad que presencié que Zacarías Luna, firmó el testamento a ruego del señor Gregorio Oyuela, pero el enfermo ya estaba muy grave y poco se le entendía lo que hablaba, y es la verdad que a veces hacía movimientos de cabeza, excepto cuando se le preguntó cuales hijos reconocía como naturales:

Al 4.º: Es verdad que el finado Gregorio Oyuela no quería testar, y al fin por súplicas reiteradas del señor Zacarías Luna y otros amigos, testó diciendo a veces de palabra y otras con movimientos de cabeza ».

Los testimonios de los otros dos testigos instrumentales, señores Hipólito Devia U. y Francisco Santos U., no pudieron obtenerse por ignorarse el lugar de su domicilio.

El testigo particular Tiberio Perdomo, (fs. 135 y 136 del cuaderno principal) dijo:

Al 4.º punto: Me consta por haberlo presenciado que el día sábado, trece de abril de 1912, cuando el señor Gregorio Oyuela estaba poco menos que muerto, fué cuando escribieron el testamento, y el domingo 14 del mismo mes, yo ayudé a llevar al señor Oyuela al Espinal, donde murió al amanecer del día quince, siguiente ».

Los testigos particulares Reyes Valderrama, Basilio Villabón, Pedro Pablo Guarnizo, ratificados ante el Tribunal (fs. 18 y siguientes del cuaderno de pruebas), y Rufino Orjuela, (fs. 54 y 55 del mismo cuaderno), dijeron:

Al 6.º punto: Es cierto porque lo vimos y presenciábamos que la gravedad del enfermo fué aumentando por momentos después del regreso del doctor Estrada a Ibagué, en términos que al hacer su testamento, el día 13 de abril de 1912, el señor Oyuela había perdido la razón y el juicio, pues permanecía en estado completo de torpeza o de modorra, no hablaba y tenía los ojos cerrados; con gran trabajo y después de hablarle en alta voz y moverlo repetidamente se lograba despertarlo del letargo en que se hallaba, pero momentos después volvía a dormirse profundamente.

Al 8.º: Sabemos y nos consta porque lo presenciábamos que al subsiguiente día por la mañana, el enfermo fué trasladado al Espinal en estado agónico, en donde murió, pocas horas después ».

El doctor Braulio T. Estrada, médico de cabe-

cera del enfermo dijo, (fs. 33 del cuaderno de pruebas):

Al punto 2.º: Es cierto que fui llamado a prestar mis servicios médicos al señor Gregorio Oyuela;

Al 4.º: Es cierto que encontré al enfermo atacado de una fuerte bronconeumonía gripal, con fiebre alta, delirio, postración y merma notable de sus facultades físicas y mentales;

Al 5.º: Es cierto porque lo presencié que estos síntomas fueron aumentando de manera alarmante, de suerte que el día 12 de abril, la terminación de Oyuela parecía inminente;

Al 7.º: Es cierto que por las razones dichas y tratándose de un caso perdido lo anuncié así a la familia, y regresé a Ibagué ».

El doctor Plinio Rengifo, notable médico de las facultades de Bogotá y París, dijo (fs. 62 del cuaderno de pruebas):

Al punto 2.º: Tomando como base la exposición clínica, hecha por el doctor Braulio T. Estrada, y considerando además la avanzada edad del enfermo, la menor resistencia para sufrir los efectos de una intoxicación de esa naturaleza, y basándome en principios de patología general que enseñan que en enfermos intoxicados por enfermedades infecciosas y delirantes, sus facultades mentales se encuentran turbadas completamente, conceptúo que el señor Gregorio Oyuela no podía estar en su sano juicio ni en el pleno uso de sus facultades mentales ».

Por el contexto de las declaraciones transcritas, bien véis señores magistrados, que difícilmente se encuentra una prueba más completa y perfecta que la testimonial y pericial aducidas, para demostrar la falta de conocimiento del testador, y consiguientemente la nulidad del acto testamentario a que me refiero.

Pero, anulado el testamento, ¿subsistirá o nó el reconocimiento de hijos naturales ?

Este punto, dicen Champeau y Uribe en su

« Tratado de derecho civil colombiano », debe resolverse mediante una distinción:

De una manera general, habrá de aplicarse la regla de que, *quod nullum est, nullum producit effectum*. Pero tratándose de un testamento solemne abierto, en cuanto al reconocimiento se refiera, debe considerarse nó como testamento, sino como escritura pública destinada a producir efectos aún durante la vida del otorgante. En este caso bastará, pues, que valga el instrumento como escritura pública, aunque no tenga los requisitos exigidos para que valga como testamento.

Si por el contrario, se trata de un testamento solemne cerrado, no tiene de ningún modo el carácter de instrumento público entre vivos, y, anulado no puede producir ningún efecto».

Y, el expositor Fernando Vélez, en apoyo de esta tesis, dice que, anulado un testamento por *inhabilidad* del testador, el reconocimiento de hijos naturales, queda nulo *ipso facto*.

En vista de estas connotadas opiniones, podemos decir con toda certeza, refiriéndonos al caso particular de que se trata:

El reconocimiento de hijos naturales, hecho por Gregorio Oyuela en su testamento, carece en absoluto de valor si dicho testamento es declarado nulo. Conclusión tánto más cierta en el caso presente, por no aparecer otorgado el testamento ante Notario.

Por estas potísimas razones y otras muchas que no se escapan a vuestro ilustrado y recto criterio, termino pidiéndoos la revocatoria del fallo apelado, y por ende la declaratoria de nulidad del testamento del finado Gregorio Oyuela, al tenor de la demanda.

Respetuosamente,

Señores Magistrados.

Ibagué, mayo 1.º de 1923.

Marco A. Arias M.

Sentencia del Tribunal

« TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL.—Ibagué, julio treinta de mil novecientos veinticuatro.—VISTOS:—En junio de mil novecientos diez y ocho el doctor Luis V. González, hablando como apoderado de Manuel A. Gutiérrez C., cesionario de José Gregorio Oyuela, y como apoderado también de Aureliano, en su carácter éste de heredero *abintestato* de Gregorio Oyuela, promovió demanda ordinaria contra Bernardino Olaya, Albacea de la sucesión de Gregorio Oyuela, contra Belisario Oyuela G., Elvira Cárdenas de Lozano, casada con Venancio Lozano, Rosa Elena, Margarita y Marcos Bonilla y Gerardo Pastrana, vecinos del Municipio de Coello, para que por sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones:

« 1.^a Que es nulo y no tiene valor alguno, el testamento abierto otorgado por el señor Gregorio Oyuela, en el Municipio de Coello, el trece de abril de mil novecientos doce, el cual testamento fué declarado nuncupativo o público por el Juez 1.^o del Circuito de Ibagué, en auto de 21 de mayo de 1912, y se halla protocolizado en la Notaría segunda de este Circuito, bajo el instrumento número 58, de 7 de junio de 1912 ».

2.^a Que se adelante la sucesión, sin tener en cuenta dicho testamento ».

Como fundamentos de hecho de la demanda, expuso el actor los siguientes:

a). El señor Gregorio Oyuela murió en el Municipio del Espinal el 15 de abril de 1912, sin dejar ascendientes ni descendientes legítimos; b). Dicho

señor Oyuela no era hábil para testar, el día 13 de abril de 1912 en el momento en que se dice otorgó el testamento abierto ante los señores Francisco Santos U., Daniel Rodríguez D., Hipólito Devia U., José M. Meneses y Justo Ferro R., porque el señor Oyuela no estaba en su sano juicio y no podía expresar claramente su voluntad, ni de palabra ni por escrito; c). El día 13 de abril citado, cuando escribieron el testamento, el expresado Oyuela estaba poco menos que muerto y no podía entender ni ser entendido de viva voz. Desde la víspera el médico llamado a recetarle, doctor Braulio T. Estrada, se retiró desahuciándolo; el enfermo se hallaba en estado agónico, y tanto es así que le hablaban recio al oído y no contestaba siquiera; tenía los ojos cerrados, y cuando le conversaban o lo interrogaban, apenas movía la cabeza; d). El señor Oyuela no hizo sabedores de las disposiciones del llamado impropriamente su testamento, a los que figuran suscribiéndolo como testigos; e). Entre los señores Hipólito Devia U. y Daniel Rodríguez Devia que figuran como testigos en el testamento del señor Oyuela, existe parentesco de consanguinidad en tercer grado, por ser Daniel hijo legítimo de Dorotea Devia de Rodríguez, hermana legítima de Hipólito; f). El testamento no fué escrito previamente por el testador señor Oyuela; ni después de escrito el testamento, el señor Oyuela designó a ninguno de los testigos para que lo leyera en alta voz; g). El señor Oyuela sabía firmar y en el contenido del testamento no manifestó que no pudiera firmar, ni expresó la causa del impedimento, ni que rogara a Zacarias Luna para que él firmara a ruego, y antes bien lo que aparece diciendo el mismo testador es que lo firma ante testigos; h). Al señor Daniel Rodríguez Devia, quien suscribe como testigo el testamento, le resulta provecho directo del referido testamento porque allí declara el testador a favor del mismo señor Rodríguez, una deuda de mil cuatrocientos pesos, que viene a ser propiamente un

otorgado, al tenor del artículo 1191 del C. C.; i) Al señor Zacarías Luna B., quien firma el testamento diciendo que lo hace a ruego del testador, le resulta provecho directo del testamento, porque allí aparece el testador declarando a favor de Luna, una deuda de mil seiscientos ochenta y un pesos, y por lo tanto, lo instituye legatario, según el artículo citado; j) En el cuerpo del testamento aludido no se expresa el nombre y apellido de cada uno de los testigos ante quienes el señor Oyuela, lo hubiera otorgado, y de consiguiente, no se sabe, si fueron los mismos que aparecen suscribiéndolo como testigos, y si serán hábiles para esta función; k) Por instrumento público número 6 otorgado en Coello, el cinco de julio de mil ochocientos ochenta y tres, el señor Gregorio Oyuela, declaró en su estado soltero haber tenido en la señora Dolores Leyva, también soltera, dos hijos, Belisario y Aureliano, que nacieron, el primero el dos de noviembre de mil ochocientos sesenta y ocho, y el segundo el dos de septiembre de mil ochocientos setenta, y que de su libre y espontánea voluntad los reconoce por sus hijos naturales; l) El señor Gregorio Oyuela G., es hijo legítimo del finado Belisario Oyuela o sea de uno de los reconocidos por Gregorio Oyuela, en la escritura que acabo de citar, esto es, la número seis; m) El señor Manuel A. Gutiérrez C., es cesionario de José Gregorio Oyuela G., en los derechos y acciones de éste en la sucesión de su finado abuelo paterno, señor Gregorio Oyuela, al tenor de la escritura número 134, otorgada en Ambalema, el veinte de mayo de mil novecientos trece».

Para el caso de que no se hagan las dos declaraciones principales solicitan los demandantes, como subsidiaria las siguientes:

a) Que carece de valor legal el reconocimiento de hijos naturales que aparece hecho por el testador Gregorio Oyuela, en la cláusula tercera del testamento aludido, respecto de Elvira, Rosa Elena, Marcos y Gerardo; b) Que, de consiguiente no valiendo

dicho reconocimiento, en cuanto a las personas mencionadas en el punto anterior, no tienen éstas el carácter de herederos que les atribuye la cláusula décima tercera del mismo testamento ».

Fúndase esta demanda subsidiaria en los siguientes hechos:

« 1 No son ciertos y *determinados* los individuos a quienes se trata de conferir el reconocimiento de hijos naturales del testador Gregorio Oyuela; la simple asignación. « Aurelio, Elvira, Rosa Elena, Margarita, Marcos y Gerardo » sin expresar el apellido que los distingue, ni la madre, la edad y lugar del nacimiento, no basta para determinarlo, y es de notar que no se hace en el testamento, indicación alguna por la cual sean determinables ».

Como fundamentos de derecho se invocaron las disposiciones de los artículos 60, 1061, a 1068, 1071, a 1087 del C. C. artículos 11, 15 ley 95 de 1890; ordinal 3.º del artículo 1059 del C. C. artículo 56 de la ley 153 de 1887 en relación con los artículos 1055 y numeral 4.º del 1061 del C. C., 1788, 2594 y 2595 ibidem; artículo 58 de la ley 153 citada, y demás disposiciones pertinentes

Notificada la demanda a los demandados, inclusive el curador de Marcos Mejía, por ser menor de edad, la contestaron oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas.

En cuanto a los hechos, aceptaron los marcados con las letras a, e, h, j, k, l y ll y negaron los demás.

Abierto el juicio a prueba, las partes produjeron las que estimaron conducentes y surtida las demás ritualidades de la instancia, el Juez 1.º de este Circuito a quien correspondió el asunto, por sentencia del trece de octubre de mil novecientos veintidós, desató la litis absolviendo a los demandados.

De esta sentencia interpuso apelación el nuevo apoderado de los demandantes. Abierta la segunda instancia con nuevo término probatorio, ambas partes produjeron pruebas y oportunamente hicieron

uso del derecho de alegar por escrito únicamente. Cerrado el debate con la citación para sentencia, procede el Tribunal a decidir el fallo, previas las consideraciones siguientes:

DEMANDA PRINCIPAL

Manuel A. Gutiérrez en su carácter de cesionario de José Gregorio Oyuela G., en la sucesión de Gregorio Oyuela, y Aureliano Oyuela, como heredero de Gregorio Oyuela, demandan la nulidad del testamento otorgado por el último en Coello, el día trece de abril de mil novecientos doce ante cinco testigos, testamento que fué declarado nuncupativo por el Juez 1.º del Circuito de Ibagué, en auto del veinticinco de mayo del mismo año, nulidad que se apoya en varios fundamentos que adelante se considerarán separadamente.

Consta de la escritura pública número 6 otorgada en Coello, el cinco de julio de mil ochocientos ochenta y tres, que en copia se acompañó a la demanda, debidamente registrada, que Gregorio Oyuela, reconoció como hijos naturales suyos a Belisario y Aureliano Oyuela, hijos de Dolores Leyva, soltera. Aparece igualmente de la partida que figura en el cuaderno de pruebas de la segunda instancia, que José Gregorio Oyuela G., es hijo de Belisario Oyuela o Leyva; no consta su defunción, pero Manuel A. Gutiérrez, fue declarado cesionario de los derechos de José Gregorio Oyuela G., en la sucesión de Gregorio Oyuela. La personería del demandante Aureliano Oyuela, aparece acreditada con el reconocimiento de hijo natural que le hizo el finado Gregorio Oyuela. Ciertamente que tal reconocimiento no fué notificado a Aureliano Oyuela, como lo dispone el artículo 57 de la ley 153 de 1887, en el término que indica el artículo 243 del C. C.; pero como el plazo fijado en esta última disposición trascurrió, se entiende que Aureliano Oyuela, aceptó el beneficio del reconocimiento que le concedió Gregorio Oyuela.

El primer hecho alegado como fundamento de la nulidad demandada, lo expone el actor así: «b) Dicho señor Oyuela, no era hábil para testar el día trece de abril de mil novecientos doce en el momento en que se dice otorgó el testamento abierto ante los señores Francisco Santos, Daniel Rodríguez B., Hipólito Devia U., José María Meneses y Justo Ferro R., porque el señor Oyuela, no estaba en su sano juicio y no podía expresar claramente su voluntad ni de palabra ni por escrito»; y el marcado con la letra C dice: «El día trece de abril citado, cuando escribieron el testamento, el expresado Oyuela, estaba poco menos que muerto, no podía entender ni ser entendido de viva voz. Desde la víspera el médico llamado a recetarlo, doctor Braulio T. Estrada, se retiró desahuciándolo, el enfermo se hallaba en estado agónico y tanto es así, que le hablaban recio al oído y no contestaba siquiera, tenía los ojos cerrados y cuando le conversaban y le interrogaban apenas movía la cabeza».

De modo que las causales alegadas en los dos apartes trascritos son los numerales 3.º y 4.º del artículo 1061 del C. C. que dice: No son hábiles para testar.....:

3.º El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa; y 4.º Todo el que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente».

Estas causales de inhabilidad para testar son comunes a todos los testamentos, conforme al artículo 1069 del C. C. El testamento otorgado por Gregorio Oyuela, es nuncupativo y lo presentó ante cinco testigos. No es testamento privilegiado de los que enumera taxativamente el artículo 1087 del C. C. Por consiguiente dicho testamento se rige en cuanto a formalidades externas por las disposiciones de los artículos 1067, 1068, 1079, 1071 a 1075, y 1077 del C. C.

Para probar que Gregorio Oyuela, no podía testar el día trece de abril de mil novecientos do-

ce en que aparece otorgado el testamento de que se trata, por las causales que se dejan transcritas, no presentó el actor en la primera instancia sino la declaración de Tiberio Perdomo, que ni con mucho establecía aquellas causales. En la segunda instancia se adujeron las declaraciones de Reyes Valderrama, Basilio Villabón, Pedro Guarnizo, Remigio Sánchez, Braulio T. Estrada, Plinio Rengifo, Justo Ferrero, José María Meneses y Rufino Oyuela, testigos los tres últimos a quienes el apoderado de unos de los demandados, pidió en tiempo que se repreguntaran de acuerdo con el interrogatorio que se presentó. El doctor Braulio T. Estrada, declaró así: «Al segundo: que fué cierto que en el mes de abril de mil novecientos doce el declarante fué llamado a prestar sus servicios médicos al señor Gregorio Oyuela, quien se encontraba enfermo en su casa de habitación en la población de Coello. Al 3.º Que fué cierto que en virtud de esellamamiento el exponente se trasladó a la casa del citado señor Oyuela, con el fin de prestarle sus servicios profesionales. Al 4.º Que fue cierto que el exponente al examinar al señor Gregorio Oyuela, hombre ya anciano, lo encontró atacado de una fuerte bronceumonía gripal, como fiebre alta, delirio, postración y merma notable de sus facultades físicas mentales. Al 5.º Que es cierto por que el declarante lo presencié que los síntomas de que ha hablado aumentaron en proporción alarmante al día siguiente de la llegada del exponente, o sea el doce de abril del año citado y la terminación fatal del señor Oyuela, parecía inminente. Al 6.º Que fué cierto que ese mismo día doce por la tarde, el exponente, en vista del estado de gravedad del enfermo, lo avisó así a la familia, para que aprovechando las últimas horas de ese día y los momentos lúcidos que pudieran quedar al señor Oyuela, arreglara todas sus cosas, pues al día siguiente podía ser ya tarde. Al 7.º Que es cierto que por las razones anteriores y tratándose de un caso que juzgó perdido y por consiguiente ineficaz su

presencia a la cabecera del enfermo, el deponente volvió a Ibagué, ese mismo día en donde supo que el enfermo había sido llevado al Espinal, al día siguiente, en donde murió al subsiguiente. Que después supo el declarante que el enfermo señor Oyuela no había hecho su testamento el día en que el exponente le había aconsejado que lo hiciera. Leída su exposición que fué recibida como lo dispone el artículo 633 del C. J., la aprobó y firma ».

El doctor Plinio Rengifo, dijo en su declaración rendida el día veintiseis de abril de mil novecientos veintitrés, lo siguiente: « Al 2^o: Tomando por base la exposición clínica hecha por el doctor Braulio T. Estrada, exposición en la cual el citado médico da cuenta del estado en que encontró al enfermo Gregorio Oyuela, afectado de una bronconeumonía de origen gripal, con síntomas que revelan en el enfermo signos de una profunda intoxicación, fiebre alta, delirio y postración; teniendo en cuenta lo anotado anteriormente y considerando además la edad del enfermo que seguramente lo colocaba en condiciones de menor resistencia para sufrir los efectos de una intoxicación de esa naturaleza y basándome en principios de Patología general que enseñan que en enfermos intoxicados profundamente por enfermedades infecciosas y delirantes, sus facultades mentales se encuentran turbadas completamente, conceptúo que el señor Gregorio Oyuela, no podía estar en su sano juicio ni en el pleno uso de sus facultades mentales. Repreguntado por el doctor Juan M. Arbeláez: ¿ Dados la naturaleza de la enfermedad el hecho de haber durado el enfermo tres días después de examinado por el doctor Estrada, haber resistido un viaje de Coello al Espinal en camilla, durante un día más después de la traslación, podía gozar durante períodos de tiempo, sino de una completa lucidez de sus facultades, sí de las suficientes para hacer entender su voluntad con signos inequívocos de afirmación o negación? El doctor Rengifo, contestó: En las bronconeumonías en general,

pueden presentarse ligeras remisiones en la marcha de la enfermedad, consistentes principalmente en descensos de la temperatura, pero en el caso presente considero por la edad avanzada del enfermo y del pronóstico fatal que hizo el médico que lo examinó que el enfermo señor Oyuela, probablemente no alcanzó a tener ninguna remisión que lo pusiera en mejores condiciones de las anotadas anteriormente. Preguntado por el Magistrado Sustanciador. ¿ En los casos de bronconeumonía grave el enfermo pierde desde que se presente la enfermedad el goce total de sus facultades mentales? Contestó: En las bronconeumonías graves el enfermo no pierde generalmente el goce de sus facultades mentales cuando la enfermedad principia; ésta pérdida puede aparecer más tarde en el curso de la enfermedad y es variable según las condiciones de mayor o menor resistencia del individuo y mayor o menor grado de intoxicación del enfermo. Leída su exposición al testigo, la aprobó y firma, haciéndose constar que fué recibida como lo ordena el artículo 633 del C. J.»

Las declaraciones de Justo Ferro R. y Rufino Oyuela no pueden ser apreciadas porque en la de Ferro, recibida primero el veinte de abril de mil novecientos veintitrés, en Girardot, no se le hizo el contrainterrogatorio que presentó el apoderado de la parte contraria cuando pidió tal declaración. En el mismo caso está la declaración de Rufino Oyuela. Y en cuanto a la segunda declaración de Justo Ferro, recibida ya con el contrainterrogatorio, vino a los autos después de citadas las partes para sentencia, lo que impide tenerla en cuenta conforme al artículo 550 del C. J. vigente entonces.

Tiberio Perdomo, (folio 35 y vuelto) dijo: « Es cierto por haberlo presenciado que cuando llegó el doctor Estrada de Ibagué a Coello a recetar al señor Gregorio Oyuela L. en su última enfermedad, inmediatamente lo examinó y manifestó que el citado señor Oyuela no se salvaba de esa enfermedad;

que alistarán lo del entierro y para que muriera con algún alivio, dejaba una receta, para que la mandaran preparar a Girardot.... Es un hecho evidente porque lo oí que el señor Oyuela estaba en estado agónico ya cuando el doctor Estrada llegó a recetarlo, pues yo presencié que le hablaban recio al oído y no contestaba; tenía los ojos cerrados, no se movía y cuando lo molestaban mucho apenas movía la cabeza. Me consta también por haberlo presenciado que al día siguiente de haberse regresado el doctor Estrada para Ibagué, sábado trece de abril de mil novecientos doce, ya cuando el señor Oyuela estaba poco menos que muerto, fué cuando escribieron el testamento y el domingo siguiente, catorce del mismo mes yo ayudé a llevar al señor Oyuela al Espinal, donde murió por la noche al amanecer del día siguiente».

Reyes Valderrama, Pedro Pablo Guarnizo y Basilio Villabón, declararon en síntesis lo siguiente: (fls. 18 a 24, cuaderno de pruebas de la segunda instancia.) los dos primeros testigos: que conocieron de vista trato y comunicación al señor Gregorio Oyuela, vecino de Coello, desde la última guerra, Villabón dice que lo conoció desde que el testigo estaba pequeño.

El testigo Valderrama, expone que no sabe de que enfermedad murió Gregorio Oyuela, aunque le parece que de pulmonía.

Los tres dicen que por haberlo presenciado les consta que el señor Gregorio Oyuela enfermó gravemente en la población de Coello, a mediados de abril de mil novecientos doce y que de esa enfermedad murió a los pocos días. Guarnizo y Villabón exponen que a su juicio la enfermedad que tuvo el señor Gregorio Oyuela fue una pulmonía por el *gorgoreo* que le observaron. Los tres testigos dicen que por haberlo presenciado, les consta que cuando el doctor Estrada llegó a recetar al señor Oyuela, aquél procedió a examinarlo y después le manifestó a la familia que el enfermo no se salvaba de esa enfer-

medad y que le alistaran el entierro, pues podía morir de un momento a otro. Que vieron y presenciaron que el enfermo Oyuela, se fué agravando por momentos, en términos que al hacer el señor Oyuela su testamento al día siguiente, había perdido la razón y el juicio pues que permanecía en un estado completo de modorra o torpeza; que no hablaba y que tenía los ojos cerrados; que con gran dificultad y después de hablarle en alta voz y moverlo se lograba despertarlo del letargo en que se hallaba, pero momentos después volvía a dormirse profundamente. Que en el momento de otorgar el testamento el señor Oyuela lo despertaron y así fatigado y con dificultad contestaba varias preguntas que le hacían en alta voz, los que intervinieron en el otorgamiento del testamento que fueron los señores Bernardino Olaya, Ignacio Núñez, ya finados, Hipólito Devia, Zacarías Luna, Justo Ferro, Aristides Cortés y José Meneses. Que presenciaron que el citado día trece de abril de mil novecientos doce cuando el señor Oyuela estaba haciendo su testamento, le hablaban recio al oído, lo movían y molestaban mucho para que entendiera y contestara las preguntas que le hacían del testamento; que el testador solo contestaba con palabras confusas, entrecortadas y sin sentido que indicaba bien claramente la absoluta falta de juicio del testador; que aunque el señor Oyuela contestaba afirmativamente y con dificultad las preguntas que le hacían y no las rechazaba, en el acto volvía la cabeza por el letargo en que estaba y se dormía; que al día siguiente el enfermo Oyuela fue trasladado al Espinal en estado agónico y allí murió por la noche.

El numeral 3.º del artículo 1061 del C. C. invocado como primer fundamento de la nulidad demandada, establece que quien otorgue un testamento, no esté privado de su sano juicio por ebriedad u otra causa en el momento de hacer conocer sus disposiciones testamentarias en las varias formas en que la ley se lo permite, pues no otra cosa significa

el adverbio *actualmente* que emplea dicha disposición.

Ahora, el hecho de estar o no en su sano juicio una persona en determinado momento, es cuestión que sólo pueden determinar personas que tengan conocimientos científicos en los varios ramos de la Medicina y que den sus conceptos en la forma que la ley lo determina, dando la razón de sus dichos y fundando tales conceptos en los principios de la ciencia. Es sabido que la prueba pericial, es distinta de la testimonial y que se produce en forma también distinta de esta. (Artículo 651 del C. J. antiguo).

Como se vió atrás, los facultativos doctores Estrada y Rengifo declararon en forma de testigos. El último se fundó en lo que expuso el primero, no vió al enfermo Oyuela, su declaración es pues de referencia; y si se toma como concepto, en cuanto dice que dados los informes que le suministró la exposición del doctor Estrada y los principios de la ciencia, el señor Oyuela no podía estar en su sano juicio el día que otorgó su testamento, tal exposición no fué rendida en forma legal y es única. Esto sin contar lo que el doctor Rengifo dice al fin de su concepto de que la pérdida del juicio en enfermos como el señor Oyuela *puede* ocurrir en el curso de la enfermedad y no desde el principio.

El doctor Estrada si bien vió al señor Oyuela atacado de una bronconeumonía gripal un día antes de que aquél otorgara su testamento, no estuvo presente en el momento en que el señor Oyuela entregó su testamento a los testigos. El doctor Estrada no asevera que en ese momento el señor Oyuela estuviera privado totalmente de su juicio. Cierto que el día en que vió al señor Oyuela, lo encontró postrado y con notables mermas de sus facultades físicas y mentales; pero lo que el mismo facultativo expone en seguida sobre que aconsejó a la familia del señor Oyuela, al día siguiente, que le hicieran arreglar sus cosas en el tiempo que le quedaba, está indicando que todavía el enfermo disponía de

reflexión y capacidad suficiente para ello, pues si así no hubiera sido, mal habría podido dar tal consejo, hombre tan honorable como lo es el doctor Estrada.

Ni tomadas pues conjuntamente esas dos exposiciones, pueden concluirse de ellas con entera certidumbre que el señor Oyuela estuviera sin juicio el día que otorgó su testamento.

Los testigos Perdomo, Valderrama, Villabón y Guarnizo, declararon que después de que el doctor Estrada desahució al enfermo señor Oyuela al día siguiente, éste continuó agravándose en términos que un día después al hacer aquél su testamento había perdido la razón y el juicio porque se encontraba en un estado de modorra y torpeza, que no hablaba y tenía los ojos cerrados; que después de hablarle al oído en alta voz, despertaba y así fatigado contestaba afirmativamente pero con dificultad a las preguntas que en alta voz le hacían los que intervinieron en el otorgamiento del testamento y sobre éste, y en seguida continuaba el enfermo en el letargo en que se encontraba; que al día siguiente fué llevado el señor Oyuela al Espinal donde murió por la noche.

Aun admitiendo que con declaraciones de personas que como las anteriores no tienen conocimiento de la ciencia de la medicina, se pudiera comprobar que el testador señor Gregorio Oyuela estaba totalmente privado de razón y juicio el día que otorgó su testamento, se ve que de aquellos testimonios tampoco se puede concluir que dicho señor estuviera privado del uso de la razón cuando otorgó su testamento, porque los mismos testigos expresan que no solamente no rechazaba las preguntas que se le hacían sobre el testamento, sino que las *contestaba* afirmativamente aunque con dificultad. Por esta misma aclaración de los testigos se concluye también que no está probado el hecho de que el testador Oyuela no pudo expresar su voluntad de palabra o por escrito sino únicamente por señales afirmati-

vas o negativas para que fuera el caso de aplicar el artículo 1118 del C. C.

Estima pues el Tribunal que en virtud de los hechos marcados a, b, y c, de la demanda no puede anularse el testamento del señor Gregorio Oyuela.

El hecho marcado con la letra d, dice: «El señor Oyuela no hizo sabedores de sus disposiciones del llamado impropriamente su testamento, a los que figura suscribiéndolo como testigos».

El artículo 1074 del C. C. dice: «El testamento abierto podrá haberse escrito previamente. Pero sea que el testador lo tenga escrito, o que se escriba en uno o más actos, será todo él leído en alta voz por el Notario si lo hubiere, o a falta de Notario, por uno de los testigos designados por el testador a este efecto. Mientras el testamento se lee estará el testador a la vista y las personas cuya presencia es necesaria oirán todo el tenor de sus disposiciones».

No exige pues ésta disposición que el testamento abierto otorgado ante cinco testigos, haya sido escrito previamente por el testador, puede escribirse en uno o más actos y al tiempo de presentarlo a los testigos. Lo esencial de este testamento es que el testador haga sabedores de sus disposiciones a los testigos y al Notario cuando concurre éste y que sea leído el testamento por el Notario o por uno de los testigos designados por el testador. La Corte Suprema ha dicho que también puede leer el testamento otra persona que sea de la confianza del testador. (Casación del 17 de septiembre de 1890. Año V de la Jurisprudencia de aquella Corporación)

No exige tampoco la disposición citada que se deje constancia en el cuerpo del testamento de que éste fué leído en alta voz por alguna de aquellas personas. Por consiguiente la falta de esa constancia no acarrea nulidad del testamento. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias que se citan en el número 1714 del Tomo 1.º de la Jurisprudencia de aquella.

De modo pues que aunque es cierto que no se dejó constancia de que alguno de los testigos del testamento del señor Oyuela lo hubiera leído en alta voz de orden del testador, por ese motivo no puede ser anulado dicho testamento.

Además, en el testamento consta que el testador hizo sabedor de sus disposiciones a los testigos y que éstos lo oyeron todo — dice el testamento. Contra esa constancia hoy auténtica no ha dado prueba la parte demandante. Los testigos por ella presentados, dicen que presenciaron cuando el señor Bernardino Olaya que es quien figura como Albacea, interrogaba en alta voz al testador Oyuela sobre sus disposiciones testamentarias. Esto aunque no es una prueba plena de que el testamento fué leído por dicho Albacea, más bien da fundamento para concluir que se cumplió esa formalidad.

En el hecho e) afirman los demandantes: «Entre los señores Hipólito Devia U. y Daniel Rodríguez Devia que figuran como testigos en el testamento del señor Oyuela, existe parentesco de consanguinidad en tercer grado, por ser Daniel hijo legítimo de Dorotea Devia de Rodríguez, hermana legítima de Hipólito».

Conforme al numeral 15 del artículo 1068 del C. C., no pueden ser testigos de un testamento solemne: «los que tengan con otro de los testigos el parentesco o las relaciones de que se habla en los numerales 12 y 14»; es este el caso del parentesco de consanguinidad en tercer grado entre Hipólito Devia U. y Daniel Rodríguez Devia, que con Francisco Santos U., José M. Meneses y Justo Ferro R., figuran como testigos en el testamento del señor Gregorio Oyuela.

Para comprobar el parentesco alegado entre Hipólito Devia y Daniel Rodríguez Devia, no se adujo en primera instancia sino la partida de nacimiento del segundo, habido en el matrimonio de Antonio Rodríguez G., y Dorotea Devia; certificaciones del Cura Párroco de Coello, de que no exis-

ten en los libros parroquiales las partidas de nacimiento de Hipólito y Dorotea Devia; unas declaraciones tendientes a establecer que Dorotea Devia es hija del matrimonio de Inocencio Devia y Jacinta Urueña; que Daniel Rodríguez Devia es sobrino legítimo de Hipólito Devia y que Dorotea Devia es hermana legítima de Hipólito Devia; pero como no se comprobó el matrimonio de Inocencio Devia y Jacinta Urueña, ni que de este matrimonio nacieran Hipólito y Dorotea Devia, no era posible reconocer el parentesco en tercer grado de Hipólito Devia y Daniel Rodríguez Devia.

Conforme al artículo 22 de la ley 57 de 1887 son pruebas principales de los matrimonios, nacimientos y defunciones las copias de las actas extendidas en los libros parroquiales y por el Párroco respectivo, cuando se trata de personas casadas, bautizadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica; o las certificaciones de los Notarios cuando tales actos se sucedieron bajo la vigencia del C. C. (artículos 350 a 366 del dicho Código).

En la segunda instancia no se presentó prueba principal del matrimonio de Inocencio Devia y Jacinta Urueña, ni del nacimiento de Hipólito y Dorotea Devia ni del matrimonio de Antonio Rodríguez y Dorotea Devia.

Ahora, el artículo 395 del C. C. dice: «la falta de los referidos documentos podrá suplirse en casos necesarios por otros documentos auténticos por declaraciones de testigos que hayan presenciado el estado civil de que se trata, y en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil.

Según los certificados del Cura Párroco de Coello que figuran a los folios 8 y 27 del cuaderno de pruebas de la parte demandante, no fueron hallados en los libros de dicha Parroquia las partidas de matrimonio de Inocencio Devia y Jacinta Urueña; de Antonio Rodríguez y Dorotea Devia; ni las de nacimiento de Hipólito y Dorotea Devia por haberse quemado el archivo parroquial y que dichos

matrimonios y nacimientos tuvieron lugar en dicha parroquia. Estas constancias son suficientes para admitir la prueba supletoria.

De las declaraciones presentadas en las dos instancias por los demandantes, que son las de los testigos Norberta A. de Acosta, (fls. 140 y 141, cuaderno 1.^o), José Urquiza (fl. 141 y 142 ibidem), Irene Huelgo (fls. 143 y 144 vto. ibidem), Juan Berrío (fls. 144 y 145 ibidem), Norberto G. López (fls. 147 y 148 idem), Remigio Sánchez (fls. 44 y 45 cuaderno de pruebas de la segunda instancia), José M. Montealegre (fls. 46 y 48 idem) y Ambrosio Devia (fls. 47 y 48 idem), no aparece que tales testigos hubieran presenciado los matrimonios de Inocencio Devia y Jacinta Urueña, de Antonio Rodríguez y Dorotea Devia, ni el nacimiento de Hipólito y Dorotea Devia como hijos del matrimonio de los dos primeramente citados; pero como se ha invocado también la posesión notoria de los tres estados civiles de que se viene hablando, es preciso ver si de acuerdo con la ley se comprobó plenamente esa posesión notoria.

Los artículos pertinentes del C. C. dicen:

Art. 396. La posesión notoria del estado de matrimonio consiste principalmente, en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas sociales y en haber sido la mujer recibida en ese carácter por los deudos y amigos de su marido y por el vecindario de su domicilio en general».

Art. 397. La posesión notoria del estado de hijo legítimo consiste que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres.

«Art. 398. Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil,

deberá haber durado diez años continuos por lo menos ».

« Art. 399. La posesión notoria del estado civil se comprobará por un conjunto de testimonios fidedignos, que lo establezcan de un modo irrefragable; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida, o la pérdida o extravío del libro o registro en que debiera encontrarse ».

En orden al matrimonio de Inocencio Devia con Jacinta Uruaña, dicen los testigos Norberta A. de Acosta, Remigio Sánchez, José M. Montealegre y Ambrosio Devia, lo siguiente: Que son mayores de sesenta años, vecinos del municipio de Coello y sin generales con las partes. Los tres últimos testigos afirman que conocieron por muchos años a Inocencio Devia y a Jacinta Uruaña y por ese conocimiento les consta a ciencia cierta que dichos señores se trataban como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales; que la señora Uruaña fué recibida y tenida como esposa legítima de Devia por los deudos y amigos de su marido y por el vecindario de su domicilio en general por un espacio de tiempo mayor de diez años continuos. En iguales términos se expresa Norberta A. de Acosta.

Respecto del matrimonio de Antonio Rodríguez y Dorotea Devia los mismos testigos Sánchez, Montealegre y Devia se expresan en iguales términos que en cuanto al matrimonio de Inocencio Devia y Jacinta Uruaña.

Por último, en cuanto a Hipólito Devia y Dorotea del mismo apellido dicen los citados testigos que por haberlo presenciado les consta que los esposos Inocencio Devia y Jacinta Uruaña trataban a Hipólito y Dorotea Devia como sus hijos legítimos, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, presentándolo en ese carácter a sus deudos y amigos; y que éstos y el vecindario de su domicilio en general los reputaban y recono-

éían como hijos legítimos de tales padres por más de diez años continuos.

Como estos son los requisitos que exigen las disposiciones transcritas para establecer la posesión notoria del estado civil del matrimonio y el de hijo legítimo, y por otra parte ya se vió que está plenamente comprobada, la falta de las actas de los matrimonios de Inocencio Devia y Jacinta Uruaña, y Antonio Rodríguez y Dorotea Devia y las actas del nacimiento de Hipólito y Dorotea Devia, hay que concluir que Inocencio Devia y Jacinta Uruaña fueron entre sí legítimamente casados, lo mismo que Antonio Rodríguez y Dorotea Devia, y que del primer matrimonio citado nacieron Hipólito y Dorotea Devia Uruaña. También resulta plenamente comprobado que Daniel Rodríguez es hijo legítimo de Antonio Rodríguez y Dorotea Devia, pues de este hecho sí se presentó el acta respectiva que figura al folio 31 del cuaderno principal, acta en la cual se expresa que los abuelos maternos de Daniel Rodríguez fueron Inocencio Devia y Jacinta Uruaña, lo que corrobora el hecho de que Dorotea Devia es hija del matrimonio de los dos últimos.

Si pues Hipólito y Dorotea Devia Uruaña son hijos legítimos de Inocencio Devia y Jacinta Uruaña, y Daniel Rodríguez Devia es hijo legítimo de Dorotea Devia, Hipólito Devia y Daniel Rodríguez Devia son parientes legítimos por consanguinidad en tercer grado, conforme a los artículos 35, 36, 37 y 38, 41 y 45 del C. C., pues el segundo es sobrino legítimo del primero.

Ahora, estos dos últimos señores, aparecen firmando como testigos el testamento abierto hecho por el señor Gregorio Oyuela en Coello el día trece de abril de mil novecientos doce, lo que va contra la prohibición que establece el artículo 1068 del C. C. de que no pueden ser testigos en un testamento solemne, entre otros, los que se hallan en tercer grado de parentesco de consanguinidad. Siendo pues inhábiles los testigos Hipólito Devia y Daniel

Rodríguez, resultaría que el testamento del señor Oyuela quedó otorgado ante tres testigos, en lugar de cinco como manda el artículo 1771 del C. C. Y si de acuerdo con el inciso último del artículo 1068 del mismo Código el testamento es nulo cuando dos por lo menos de los testigos no saben leer, en el caso en que deben concurrir cinco testigos la misma razón hay para declarar nulo el testamento cuando dos de los cinco testigos que deben intervenir en el testamento solemne abierto y que intervienen son inhábiles.

La misma conclusión se saca del artículo 1069 del C. C. que dice: «Si alguna de las causas de inhabilidad, expresadas en el artículo precedente no se manifestare en el aspecto o comportamiento de un testigo, o se ignorare generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidará el testamento por la inhabilidad real del testigo. Pero la habilidad putativa no podrá servir sino a uno solo de los testigos».

No consta en el presente caso que se ignora el parentesco de los testigos Hipólito Devía y Daniel Rodríguez en el lugar donde se hizo el testamento del señor Oyuela, ni se comprobó por hechos positivos y públicos que se entendiera que tales testigos, eran inhábiles. Caso que se admitiera esa habilidad putativa, ella únicamente serviría para uno solo de los dichos testigos, conforme a la disposición anterior; pero como en este caso son dos los testigos inhábiles, es más conforme con la mente del Legislador decidir que el testamento del señor Oyuela no se otorgó por ese aspecto como la ley lo ordena y es por consiguiente nulo.

Por último, como se lee en la sentencia de casación de fecha 27 de junio de 1891, la Corte Suprema de Justicia acogió la tesis anterior sostenida por el Tribunal Superior de Boyacá, y por la cual anuló un testamento otorgado ante testigos de los cuales dos de ellos eran entre sí parientes dentro del ter-

cer grado de consanguinidad (Véase el número 285 de la Gaceta Judicial. Año VI.)

Estima pues el Tribunal que está plenamente demostrado el hecho e) de la demanda, y por él hay lugar a declarar la nulidad del testamento otorgado por el señor Gregorio Oyuela el trece de junio de mil novecientos doce en la población de Coello.

En el hecho marcado con la letra f) se alegó: « El testamento no fué escrito por el testador señor Oyuela ni después de escrito el testamento, el señor Oyuela designó a ninguno de los testigos para que lo leyera en alta voz ».

Al estudiar el hecho d) de la demanda se dijo por qué aunque no consta efectivamente que el testador señor Oyuela escribiera previamente su testamento, ni aparezca claramente que lo hiciera leer de alguno de los testigos en alta voz, la falta de esas constancias no es motivo para anular tal testamento. Por consiguiente lo expuesto allí es suficiente para declarar que lo alegado en el punto f) de la demanda, no da lugar por sí solo a decretar la nulidad demandada.

El hecho marcado con la letra g) es del tenor siguiente: « El señor Oyuela sabía firmar y en el contenido del testamento manifestó que no podía firmar y no expresó la causa del impedimento, ni que rogara a Zacarías Luna para que lo firmara a ruego, y antes bien, lo que aparece diciendo el mismo testador, es que lo firma ante testigos ».

Es verdad que el testador señor Oyuela, sabía firmar y que antes de concluir su testamento dice que lo firma « ante cinco testigos » rogados por él, quienes estuvieron presentes y oído todo. Después aparece que por impedimento físico del señor Gregorio Oyuela y a su ruego firma Zacarías Luna B., el testamento.

Estas constancias lo que prueban no es otra cosa que cuando se escribió el testamento, se creyó que lo podía firmar el señor Oyuela que sabía hacerlo, pero que al llegar el momento de poner aquél

su firma no lo pudo hacer y por eso rogó a Zacarías Luna B. que firmara por él. Mas todo esto no prueba inequívocamente que a pesar de saber y poder firmar el testador, firmara por él otra persona el testamento. Además, en el testamento antes de la firma de los testigos se puso la constancia de « que » por impedimento físico del señor Gregorio Oyuela y a su ruego firmaba Zacarías Luna B., constancia esta última que llena la exigencia del artículo 1075 del C. C., pues expresa la causa por la cual no firmó a última hora el señor Oyuela su testamento.

Habiendo también la constancia de que el testador Oyuela rogó a Zacarías Luna B., para que firmara por él y habiéndose declarado nuncupativo el testamento de que se trata, o sea documento auténtico, a los demandantes les correspondían comprobar y no lo hicieron que tal constancia es falsa.

En el hecho marcado con la letra h) se alega: « Al señor Daniel Rodríguez Devia, quien suscribe como testigo el testamento, le resulta provecho directo del referido testamento, por que allí declara el testador a favor del mismo señor Rodríguez, una deuda de mil cuatrocientos pesos papel moneda que viene a ser propiamente un legado al tenor del artículo 1191 del C. C.»

Y el hecho i) dice: « Al señor Zacarías Luna B., quien firma el testamento diciendo que lo hace a ruego del testador, le resulta provecho directo del testamento, porque allí aparece el testador declarando a favor de Luna, una deuda de mil seiscientos ochenta y un pesos papel moneda, y por lo tanto, lo instituye legatario según el artículo precedentemente citado ».

Es verdad que el señor Oyuela hizo el reconocimiento de deudas de que hablan los dos hechos anteriores a favor de los testigos del testamento Rodríguez Devia y Zacarías Luna B., y que no habiendo traído los demandados prueba de que había un principio de prueba por escrito de tales deudas, éstas deben considerarse como legados, conforme

al artículo 1051 del C. C. que aprovecha a los testigos. Pero conforme al artículo 1119 de la misma obra, esas circunstancias por sí solas, apenas invalidan las respectivas asignaciones, pero no el testamento, como lo expresa el Juez en su fallo.

En el hecho distinguido con la letra j), exponen los demandantes: «En el cuerpo del testamento aludido no se expresa el nombre y apellido de cada uno de los testigos, ante quienes el señor Oyuela lo hubiera otorgado, y de consiguiente, no se sabe si fueron los mismos que aparecen suscribiendo como testigos y si serán hábiles para esta función».

Es cierto que al principio del testamento no se expresan las circunstancias que anota el hecho anterior respecto de los testigos del testamento del señor Oyuela, y que el artículo 1073 del C. C. manda que se indiquen en el testamento el nombre y apellido de cada uno de los testigos; pero el artículo anterior fué reformado por el 11 de la ley 95 de 1890, en el sentido de disponer que por tal omisión no se anula un testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal de los testigos. Ahora, en el presente caso no hay duda de la identidad personal de cada uno de los testigos, pues para declarar nuncupativo el testamento, el Juez tuvo que interrogar a los testigos que aparecían firmando como tales el testamento del señor Oyuela, y del auto de fecha veintiuno de mayo de mil novecientos veintiuno, aparece que así se hizo, según aparece de las diligencias insertas en la escritura número 58 de fecha 7 de junio de 1912, otorgada en la Notaría 2.^a de Ibagué. Los demandantes no han comprobado que los testigos que aparecen suscribiendo el testamento del señor Oyuela, no fueron los mismos ante quienes éste presentó su testamento.

De todo lo expuesto resulta que de los motivos alegados como causales de nulidad del testamento del señor Gregorio Oyuela, solo aparece plenamen-

te establecido el relativo al parentesco de consanguinidad que existe entre los testigos Hipólito Devia y Daniel Rodríguez Devia, que sí es suficiente para anular dicho testamento.

Habiendo pues lugar a decretar dicha nulidad, es también procedente la segunda petición de la demanda principal de que se adelante la sucesión del señor Gregorio Oyuela, sin tener en cuenta su testamento. Y siendo procedente las peticiones principales de la demanda, no hay lugar a considerar la demanda subsidiaria.

Por las anteriores consideraciones el Tribunal administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia apelada y en su lugar **DECLARA NULO EL TESTAMENTO** nuncupativo otorgado por el señor Gregorio Oyuela en Coello el trece de abril de mil novecientos doce, por existir parentesco en tercer grado de consanguinidad entre los testigos Hipólito Devia y Daniel Rodríguez Devia, que lo suscribieron. La sucesión del señor Gregorio Oyuela será adelantada sin tener en cuenta dicho testamento.

No hay lugar a hacer la declaración subsidiaria de la demanda.

Permanezca en la Secretaría este asunto por el término legal para efectos de la casación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Tafur A. — Jorge Iriarte — Félix María Reina — Félix María Polo, Srio.