



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrada Ponente

SC5635-2018

Radicación n.º 76001 31 10 001 2006 00188 01

(Aprobada primero de noviembre de dos mil diecisiete)

Bogotá D. C., catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte la demanda de casación interpuesta por la parte actora contra la sentencia proferida, el 9 de agosto de 2013, por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso que promovieron **María Oliva Vargas de Vargas, Ana Tulia Rincón Vargas, Mercedes Rincón Vargas, Pedro Antonio Rincón Vargas, Orlando Morales, Jairo Morales Rincón, Pedro Pablo Diosa Rincón** contra **Doris Rivera de Jiménez y Luis Guillermo Sánchez Giraldo**, en el que se aceptó la participación como litisconsortes de los señores **María Elvia Sterling Vargas, María del Rosario Sterling Vargas, Mariela Sterling de Cárdenas, María Enelia Sterling Vargas, Elena Sterling de Sánchez, Carmen Sterling Vargas, Beatriz Vargas de Barrera, Aura María Vargas de Puentes, Nohemy Vargas de Vargas, Mariela Vargas de Valenzuela, Flor María Vargas de Poveda, Luz Marina Vargas y Carmen Vargas.**

I. ANTECEDENTES

1. Mediante demanda que correspondió por reparto al Juzgado Sexto de Familia de Cali se reclamó de la jurisdicción la declaración de nulidad del testamento otorgado por la señora Soledad Vargas de Jiménez; como consecuencia se condene a la señora Doris Rivera de Jiménez a la privación de su vocación testamentaria, con efectos retroactivos al fallecimiento de la testadora, y a restituir a favor de los legitimarios toda su cuota hereditaria con sus acciones y frutos; se prive al Doctor Luis Guillermo Sánchez de la calidad de albacea testamentario y administrador de bienes; se disponga el registro de la sentencia y la cancelación de los registros de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda.

2. Las mencionadas pretensiones se soportaron en los siguientes supuestos de hecho:

a) Manifiestan que la señora Soledad Vargas de Jiménez otorgó testamento, que quedó solemnizado «*en la escritura 2205 (sic) del 12 de septiembre de 2005*», en el cual instituyó como herederos universales a María Oliva Vargas de Vargas y Enriqueta Vargas Rivera y a los sobrinos hijos de los hermanos fallecidos de Ricardo Vargas Rivera y Ana Rosa Vargas Rivera; de conformidad con el tercer orden hereditario esos sobrinos son Ana Tulia Rincón Vargas, Mercedes Rincón Vargas, Pedro Antonio Rincón Vargas, Laura Rosa Rincón Vargas, (q.e.p.d.), madre de Orlando Morales Rincón, Martha

Gladis Morales Rincón, Jairo Morales Rincón y Pedro Diosa Rincón. Igualmente dispuso que la cuarta de mejoras y la de libre disposición fueran para beneficio de Doris Rivera de Jiménez.

b) La testadora falleció en la ciudad de Santiago de Cali el día 16 de septiembre de 2005.

c) El testamento es nulo, dicen, cuando *«se realiza delante de las personas que van a ser beneficiadas con el testamento, se pretermite el artículo 1068 numeral 17 del Código Civil, en el sub judice fue presenciado por varios de los asignatarios testamentarios, ya que de acuerdo con la ley para realizar el testamento solo deben estar presentes el notario, la testadora, y los testigos; pero está comprobado que al elaborar el testamento estuvo presente la señora DORIS RIVERA DE JIMÉNEZ, y el abogado asesor LUÍS GUILLERMO SÁNCHEZ GIRALDO»*.

3. La causa así planteada se admitió por auto de 19 de abril de 2006 (fl. 85 Cd. 1), ordenando el enteramiento de los convocados, quienes debidamente notificados se opusieron a la prosperidad de las pretensiones incoadas por su contraparte aceptando, respecto del hecho primero, lo relacionado con la fecha del testamento, la de fallecimiento de la señora Soledad Vargas de Jiménez y la disposición herencial que refiere la memoria realizada, pero que los restantes debían probarse, e indicaron no constarle los referidos en los hechos segundo a quinto del libelo (fls. 92-95 Cd. 1).

4. por auto de 5 de septiembre 2006 (fl. 112 Cd 1), se citó a las partes para la audiencia del artículo 101, que se surtió el 24 de octubre del mismo año (fl. 125-128 Cd 1), continuada el 24 de noviembre siguiente (fls 129-131 Cd 1), realizándose el interrogatorio de la parte convocada y el primero (1º) de marzo de 2007 para surtir las restantes etapas de dicha audiencia.

5. En la última fecha los señores **María Elvia Sterling Vargas, María del Rosario Sterling Vargas, Mariela Sterling de Cárdenas, María Enelia Sterling Vargas, Elena Sterling de Sánchez, Carmen Sterling Vargas, Beatriz Vargas de Barrera, Aura María Vargas de Puentes, Nohemy Vargas de Vargas, Mariela Vargas de Valenzuela, Flor María Vargas de Poveda, Luz Marina Vargas y Carmen Vargas**, allegaron demanda para «*coadyuvar*» la presentada inicialmente, formulando dentro de ella las «PRETENSIONES» (sic) de declaración de nulidad absoluta del referido testamento de marras; como consecuencia de lo anterior la ineficacia de la manifestación de voluntad de la testadora contenida en dicho documento; condenar a los demandados a restituir a los demandantes los bienes muebles, inmuebles, frutos y usufructo recibidos dentro del proceso de sucesión de Soledad Vargas de Jiménez desde la fecha del mencionado acto público, así como los intereses que produjeron los bienes herenciales desde la muerte de la causante hasta la fecha de liquidación de la sentencia; además, ordenar a la Notaría Octava de Cali la cancelación de la escritura 2285 de 12 de septiembre de 2005 y a la Oficina de Registro la cancelación de los registros en las

matriculas inmobiliarias sobre los bienes testados a favor de los demandados; se declare la nulidad de la voluntad testamentaria de *«reconocer como acreedor testamentario y al mismo tiempo Albacea Administrador de sus bienes hasta que se registre la sucesión correspondiente al Doctor LUÍS GUILLERMO SÁNCHEZ GIRALDO»* y, por efecto de esto último se condene al mentado profesional *«a devolver a favor de los demandados el valor de los frutos civiles y el usufructo recibido por él en el proceso de sucesión testamentaria de Soledad Vargas de Jiménez, desde la fecha de la escritura pública N° 2285 del 12 de [S]eptiembre de 2005..., liquidados en debida forma con meridiana observancia sobre las cuentas rendidas e incluso las que se hayan dejado de rendir dentro del mismo proceso»*, soportando esa nueva petición de anulación de testamento a través de demanda de tercería en causales distintas a las aducidas en el libelo genitor, al manifestar que la notaria que aparece firmando la Escritura Pública *«...no fue la persona que visitó en su lecho de enferma a la señora SOLEDAD VARGAS DE JIMÉNEZ al momento de otorgar el supuesto testamento, sino que lo hizo el Doctor MAURICIO JIMÉNEZ, persona de quien nada se sabe dentro del testamento detallado, en qué calidad actuó...»* (fls. 137 a 154 Cd 1).

5. La mencionada intervención se admitió por auto de 9 de abril de 2007 (fl 180 Cd 1), el que recurrido por el extremo demandado fue revocado, por proveído de 28 de septiembre de 2007, para en su lugar *«DENEGAR la coadyuvancia a la demanda hasta tanto la pretensión de intervención se ajuste a los lineamientos del artículo 52 inc. 3 y 4 del C.P.C.»* (fl.198 Cd 1).

6. Los citados intervinientes, a través de su apoderado, para dar cumplimiento a la misma, allegaron escrito de 12 de octubre de ese mismo año, en el que señalan, que *«[C]omo*

la demanda presentada solo requiere que se le suprima la palabra coadyuvancia y en su defecto sea reemplazada por la de LITISCONSORTES, como lo indica la norma citada, ruego a su señoría se proceda a reconocernos como tales y en consecuencia se le dé el trámite correspondiente a la demanda oportunamente presentada, para lo cual me ratifico en los mismos hechos, la misma (sic) pretensiones y en los mismos sustentos jurídicos, es decir de hecho y de derecho que contiene la demanda indicada, a si (sic) mismo me ratifico en las pruebas solicitadas en su momento», frente a lo cual el juzgado de conocimiento emitió auto de 30 de octubre de 2007, en el que dispone tenerlos como «LITISCONCORTES en la causa por activa» (fls. 203-204 Cd 1).

7. Por auto de 30 de octubre de 2007 se dispuso la apertura a pruebas del proceso, decretando las solicitadas por las partes y por los litisconsortes (fl. 207 cd 1).

8. El 28 de enero de 2008 los señores Isabel Méndez Sterling, Mariela Méndez Sterling Sandra Milena Méndez Sterling, Jesús Antonio Méndez Sterling, Rosario Méndez Sterling, Mercedes Méndez Sterling y Anael Méndez Sterling en representación de su madre María Elvia Sterling de Méndez, comparecen por medio de apoderado y solicitan se les reconozca «como litisconsortes dentro de la misma demanda» (fl. 239 Cd 1); petición que es acogida por auto de 29 de febrero de 2008 (fl. 247 Cd 1), pero que al ser recurrida por el extremo pasivo fue declinada por los interesados, motivo por el cual el despacho de conocimiento aceptó dicho desistimiento en auto de 29 de abril de ese mismo año.

9. Surtida la instrucción correspondiente, el 20 de noviembre de 2012 se profirió sentencia de primera instancia que declara la nulidad del testamento otorgado por la señora Soledad Vargas de Jiménez, contenido en la escritura pública 2285 del 12 de septiembre de 2005 de la Notaría Octava de Cali, al considerar que no se cumplieron las exigencias contenidas en los artículos 1071 y 1074 del Código Civil referidas a la falta de presencia del Notario y a la no lectura en alta voz del referido documento; deja sin efecto la designación de albacea testamentario del señor Luis Guillermo Sánchez Giraldo y niega las restantes pretensiones (fl 465-489 Cd 1).

10. Inconforme con lo así decidido el extremo demandado interpuso recurso de apelación que la Sala de Familia del Tribunal Superior de Cali resuelve mediante sentencia de 9 de agosto de 2013, revocando la decisión impugnada, para en su lugar disponer: *«NIEGANSE las pretensiones de la demanda lo que lleva a la validez del testamento por los pretendidos vicios»*.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

De manera preliminar el juez colegiado señala, que el *«problema central, tal como lo plantea el recurso parece no ser jurídico sino fáctico y se concreta con la pregunta de si el testamento fue leído ante el notario o su delegado y si efectivamente, los testigos pudieron oír su lectura, aspecto del que se derivaría la infracción a las formalidades previstas para los testamentos abiertos por el Art. 1074, con lo que se derivaría la aplicabilidad del Art. 1083 del Código Civil...»*, y que *«se preguntará adicionalmente, si ese hecho era susceptible de ser discutido*

en el proceso, cuandoquiera que no fue expresamente enunciado en la demanda, por cuanto ello plantea un problema de congruencia del fallo».

En el desarrollo del caso sostuvo que:

«...aunque en el proceso se discutió la nulidad del testamento contenido en la escritura pública mencionada, en realidad la sentencia lo que contiene es toda una declaración de falsedad de la declaración notarial, pues esta es la única forma en que puede destruirse legalmente lo afirmado por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, como que el artículo 286 del Código Penal sanciona como una falsedad ideológica el que un servidor público en ejercicio de sus funciones “al extender documento público que pueda servir como prueba, consigne la falsedad o calle total o parcialmente la verdad...”»

«...Por supuesto, semejante conclusión habría tenido que venir precedida de la prejudicialidad prevista en el ordinal 1 del Art. 170 del Código de Procedimiento Penal, comoquiera que no es aceptable dar por concluida la falsedad ideológica de un acto notarial, sin que el notario haya tenido la oportunidad de defenderse dentro del proceso penal correspondiente... En cualquier caso, sin una sentencia penal que concluya en la falsedad de la declaración notarial sobre la lectura del testamento no es jurídicamente posible asumir judicialmente que esa declaración falta a la verdad.

«Así, resulta inevitable la conclusión de que (sic) sentencia recurrida incurrió en un error notorio al descreer de la constancia hecha en el acto testamentario controvertido con base en testimonios libremente apreciados. Con ello, simplemente puso en pie de igualdad la constancia notarial con eventuales afirmaciones de testigos e ignoró el especial depósito de la fe pública que la ley le otorga al notario.

(...)

«En conclusión, no cabía someter a un libre examen de la prueba un aspecto cuya prueba la ley le atribuye, de manera excluyente, al notario, como es la constancia de que el testamento fue leído en presencia de los testigos y la testadora y que, con ello, se cumplió con la función legal. Naturalmente, habría sido posible destruir esa afirmación, pero solamente mediante una tacha de

falsedad, que implicaba igualmente el pronunciamiento de la justicia penal, pues era la única forma de garantizar los derechos del notario y su delegada en el acto...»

Superado este aspecto se ocupa el sentenciador de analizar el otro cuestionamiento que se formuló, referente a la congruencia de la decisión apelada, frente a lo cual expuso:

Para el actor, la nulidad pretendida se derivaba, de manera exclusiva, del hecho distinguido con el número 3 de la demanda, según el cual el acto testamentario "...fue presenciado por los asignatarios testamentarios, ya que de acuerdo con la Ley para realizar el testamento solo deben estar presentes el notario, la testadora, y los testigos; pero está comprobado que al elaborar el testamento estuvo presente la señora DORIS RIVERA DE JIMÉNEZ y el abogado asesor LUIS GUILLERMO SÁNCHEZ GIRALDO, esta es una de las razones señorita; que (Sic) se está impugnando el testamento...".

En este punto está contenido todo el reclamo que hace el actor contra el acto testamentario. Como se ha visto atrás el debate se desvió de ese punto central para merodear en un aspecto en que el propio testamento dejaba claramente establecido, como es que el acto fue leído en presencia de la testadora y los testigos instrumentales.

El problema jurídico aquí planteado, como es si puede declararse la nulidad de un testamento sobre la base de un hecho distinto al expresamente consignado en la demanda, se deriva de lo previsto en el Art. 305 del C.P.C.

La necesidad de la congruencia, que no solamente opera en el ámbito del derecho privado, es una consecuencia del debido proceso, toda vez que al demandado le es posible oponer medios de defensa solamente respecto de aquellos hechos que fueron enunciados y falta a la igualdad de las partes cuando se le permite a una de ellas faltar a la lealtad procesal y ofrecer pruebas sobre aspectos que su contraparte no ha tenido oportunidad de controvertir.

Seguidamente el tribunal se cuestiona si es válida la necesidad de aplicar el principio de congruencia, para casos en que la ley procesal autoriza estudiar la existencia de nulidades absolutas en negocios jurídicos, de manera oficiosa, manifestando que:

[e]l presupuesto de la oficiosidad de la nulidad absoluta se reserva, conforme al propio texto legal, a los casos en que ella aparece “de manifiesto” en el acto, esto es, cuando no hay que acudir a pruebas distintas del documento que sirve de prueba al negocio absolutamente nulo.

Continúa el Tribunal disertando sobre la declaratoria oficiosa de la incongruencia en el trámite de la alzada, en torno a lo cual sostiene:

Hay materias que rebasan ese ámbito puramente dispositivo de los recursos, como lo es la afectación de derechos fundamentales y, en especial, del debido proceso, toda vez que no corresponde solamente al juez de tutela velar porque los derechos de rango superior sean observados. Como quiera que la congruencia está ligada al derecho de defensa, conforme se ha indicado atrás, en cuanto el demandado no puede contraprobar hechos que no han sido enunciados en la demanda, ella debe ser declarada incluso aunque no sea alegada al proponer el recurso. La conclusión contraria llevaría además a la paradoja que el juez de segundo grado tenga que ser fiel a una congruencia secundaria, como es la que debe tener el fallo que resuelva la apelación con la sustentación del recurso, pero quede eximido de la congruencia esencial que se refiere a decidir solo sobre lo que fue demandado y con base en los hechos esenciales, como son aquellos que sirven de presupuesto a las normas.

III- LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos cargos se formularon contra la sentencia enjuiciada; uno con vengero en la causal primera que

contempla el precepto 368 procesal civil, debido a los errores de hecho en la apreciación de las pruebas, y el otro con fundamento en la causal segunda del artículo *ibídem*, relativo a la falta de consonancia en la decisión, que la Corte estudiará en orden inverso al de su formulación, habida cuenta que el último de los mencionados apunta a vicios *in procedendo* que requieren examen previo a los errores de juzgamiento que se alegan en la acusación inicial.

CARGO SEGUNDO

Con soporte en la **causal segunda** del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil se aduce por el censor que el Tribunal *«erróneamente estimó que la nulidad pretendida únicamente se derivaba del hecho distinguido con el número 3 de la demanda según el cual el acto de otorgamiento “fue presenciado por varios de los asignatarios ya que de acuerdo con la Ley para realizar el testamento solo deben estar presentes el notario, la testadora, y los testigos, pero está comprobado que al elaborar el testamento estuvo presente la SEÑORA DORIS RIVERA DE JIMÉNEZ y el abogado asesor LUÍS GUILLERMO SÁNCHEZ GIRALDO, esta es una de las razones su señoría; que (sic) se está impugnado el testamento”»*.

Sostiene que, el juzgador *ad quem* ignoró que el primero (1º) de marzo de 2007, los intervinientes María Elvia Sterling Vargas, María del Rosario Sterling Vargas, Mariela Sterling de Cárdenas, María Enelia Sterling Vargas, Elena Sterling de Sánchez, Carmen Sterling Vargas, Beatriz Vargas de Barrera, Aura María Vargas de Puentes, Nohemy Vargas de Vargas, Mariela Vargas de Valenzuela, Flor María Vargas de Poveda, Luz Marina Vargas Vargas y Carmen Vargas Vargas,

presentaron escrito por medio del cual **coadyuvaban** la demanda inicial; escrito que *«posteriormente fue reformado para ser presentado como demanda de litisconsorte debido a la relación sustancial que hay entre los demandantes, el cual fue aceptado por el despacho por medio de auto de fecha treinta (30) de octubre de dos mil siete (2007)»*; cita el contenido de los hechos séptimo, décimo, décimo primero y décimo cuarto de esa misma *«demanda»*, donde se relata que la Notaria falta a la verdad, al dar cuenta de la comparecencia de la testadora a ese despacho en compañía de los testigos y de la lectura del testamento por ella, toda vez que en realidad no presenció el acto, puesto que no fue quien concurrió al domicilio de la señora Soledad Vargas, pues en el mismo instrumento se lee que las firmas y huellas fueron tomadas por el doctor Mauricio Jiménez, persona que no ostentaba el cargo de Notario Octavo de Cali, permitiendo éste además, la presencia de otras personas y varias adicionales inconsistencias.

A partir de esto sostiene, que la demanda presentada por los citados litisconsortes *«no solo al ser una actuación válida (sic), sino fruto de la materialización del derecho al debido proceso, debió ser tomada en cuenta por parte del tribunal a efectos de resolver el recurso de apelación»*, por lo que *«[R]esulta así palmaria la incongruencia alegada, pues si bien es cierto las pretensiones perseguidas por los demandantes iniciales y de quienes se vincularon con posterioridad al proceso resultan ser similares, los hechos que las fundamentan resultan ser diferentes...»*, puesto que en la inicial los demandantes *«consideraban que la nulidad del testamento solicitado, se fundamentaba en que los hechos coincidían con lo estipulado en el numeral 17 del 1068 del Código Civil, pues los señores DORIS RIVERA DE JIMÉNEZ y LUIS GUILLERMO SÁNCHEZ GIRALDO, en su condición*

de beneficiarios del testamento presenciaron su otorgamiento; en tanto que la segunda, además de lo anterior estimaron «que el testamento otorgado mediante escritura 2205 (sic) del doce (12) de septiembre de dos mil doce (2012) (sic) debía declararse nulo teniendo en cuenta que no se cumplieron los requisitos formales establecidos por el ordenamiento jurídico para su otorgamiento como eran, la presencia del notario legalmente facultado para el efecto, la lectura del acto por este en alta y perceptible voz y la recolección de las firmas».

Concluye diciendo, que la sentencia impugnada es incongruente, porque *«no se encuentra en consonancia con la totalidad de los hechos aducidos en el proceso, especialmente con los alegados por los litisconsortes por activa en su escrito de demanda».*

CONSIDERACIONES

1. Se debe tener presente que por la data de la decisión impugnada y de la formulación del recurso extraordinario, las normas que gobiernan la presente decisión son las del Código de Procedimiento Civil, atendiendo lo dispuesto en los artículos 624 y 625 del Código General del Proceso, en virtud de los cuales los recursos *«se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron».*

2. Es fundamento constitucional que las actuaciones judiciales se adelanten con plena observancia del debido proceso a fin de hacer efectivo el derecho de defensa; cuando se presenta una alteración al derecho de contradicción, por desviarse la decisión de la esencia del debate procesal planteado, se incurre en el vicio de incongruencia contemplado en el artículo 305 del Código de Procedimiento

Civil, que dispone: *«[l]a sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.*

«No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta».

Principio procesal que gobierna las sentencias judiciales al establecer el marco decisorio en que podrá ondearse el juzgador, fijando los límites de su decisión. Esta Corporación ha dicho:

Los hechos y las pretensiones de la demanda, y las excepciones del demandado, trazan en principio los límites dentro de los cuales debe el juez decidir sobre el derecho disputado en juicio; por consiguiente, la incongruencia de un fallo se verifica mediante una labor comparativa entre el contenido de lo expuesto en tales piezas del proceso y las resoluciones adoptadas en él, todo en armonía con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil; de ese modo se podrá establecer si en verdad el juzgador se sustrajo, por exceso o por defecto, a tan precisas pautas. (SC de 6 de jul. de 2005, Rad. 5214-01).

Consecuente con ello, la incongruencia se presenta cuando el juzgador decide sobre puntos ajenos a la controversia, deja de resolver los que sí lo fueron, realiza una condena por objeto distinto del pretendido o por causa diferente, o más allá de lo pedido, o no se pronuncia sobre alguna de las excepciones de mérito, cuando es del caso hacerlo o sea procedente su declaración oficiosa.

la inconsonancia de la sentencia constituye un vicio de procedimiento que puede revestir tres formas diferentes: ‘como esta norma procesal (C. de P.C., art. 305) establece un determinado comportamiento del juez al proveer, la inobservancia de ella por parte de éste implica un vicio de actividad que se traduce en el pronunciamiento de un fallo incongruente, ya sea porque en él decide sobre cuestiones no pedidas (extra petita) o sobre más de lo pedido (ultra petita), u omite la decisión en todo o en parte, acerca de las pretensiones o de las excepciones (mínima petita). (CSJ SC de 11 de jun. de 2004, Exp. N° 7427).

Frente a sentencias totalmente absolutorias como la que es objeto de estudio, y su posible reproche por la vía extraordinaria, con soporte en la causal segunda de casación, se ha dicho que:

...la jurisprudencia también ha resaltado que las sentencias absolutorias pueden ser incongruentes frente a las pretensiones planteadas por el demandante, si el juzgador “al considerar los hechos sustentantes de la pretensión, no hace cosa distinta a la de despreocuparse de la demanda para tomar únicamente en cuenta aquellos que, de acuerdo con su personal criterio, resultan dignos de ser valorados” (G.J. t. CCXXV, Pág. 255, reiterada en sent. Cas. Civ. de 24 de octubre de 2006, Exp. No. 0005801), o, como también se ha expresado, con otras palabras, se trata de un “yerro por invención o imaginación judicial, producto de la desatención o prescindencia de los hechos de la demanda” (Sent. Cas. Civ. de 27 de noviembre de 2000, Exp. No. 5529).

La congruencia del fallo impone pues al juzgador, la veda para “sustentar su decisión en hechos distintos de los consignados por el actor en su demanda. Si el juez rebasa esta regla, o sea, si, prescindiendo del esquema factual trazado en el escrito incoativo del proceso, hace descansar su resolución en una causa petendi, diferente, aún a pretexto de ser ésta la que aparece probada, incurre en incongruencia, la cual, como se sabe, constituye un vicio de actividad, pues aquél habrá desatendido una de las pautas que la ley señala para el proferimiento de la sentencia” (G.J. T. CCXXV, Pág. 246).

Sin embargo, es especialmente nítida la diferencia entre un fallo absolutorio incongruente y la acusación por indebido entendimiento de la demanda, pues mientras el primer asunto

atañe al error de procedimiento atacable con apoyo en la causal segunda de casación, el otro vendría de una equivocación de juicio en el análisis de la pieza procesal que abre la controversia, por lo tanto, ha decantado la Corte, que “la causal segunda no es el camino adecuado para encauzar un reclamo de esta naturaleza, si es que la discrepancia se inscribe en el ámbito de la interpretación de la demanda y no es el caso aquel en que el juez sustituye radicalmente al demandante en la definición de los contornos del litigio” (Sent. Cas. Civ. de 16 de agosto de 2007, Exp. No. 7171-01)» (CSJ SC de 2 de dic. de 2009, Exp. 2003-00596-01).

3. En este orden de ideas, cuando se impugna una sentencia con soporte en la causal segunda del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil se deberán contrastar los supuestos fácticos, las súplicas y las defensas propuestas, con la parte resolutive del fallo impugnado, sin perjuicio de los eventos en los que el legislador autoriza pronunciarse oficiosamente, habida cuenta que serán las resultas de tal ejercicio lo que permitirá establecer si la decisión opugnada desconoció aquellos linderos que demarcaron los mentados actos procesales, implicando esto que la misma fuera “*ultra, extra o citra petita*” y por esa vía se cometió el yerro *in procedendo* .

Y, en fallos totalmente absolutorios, cabe analizar si del contenido del mismo se deriva una desviación o desatención de los hechos del libelo, que no una indebida interpretación de la misma.

4. En la única demanda que inició el presente juicio se reclamó de la jurisdicción la declaración de nulidad del testamento otorgado por la señora Soledad Vargas Jiménez,

contenido en la escritura pública N° 2285 del 12 de septiembre de 2005 de la Notaría Octava del Círculo de Cali; como consecuencia de ello la privación de la vocación hereditaria de la legataria Doris Rivera de Jiménez, con efectos retroactivos al fallecimiento de la testadora, la restitución de las cuotas hereditarias a favor de los legitimarios con sus acciones y frutos; se prive al doctor Luis Guillermo Sánchez del cargo de albacea testamentario y administrador de bienes.

La causa que soportó dicha pretensión fue, en esencia, que el acto de otorgamiento del testamento de la señora Soledad Vargas de Jiménez *«fue presenciado por varios de los asignatarios testamentarios, ya que de acuerdo con la Ley para realizar el testamento solo deben estar presentes el notario, la testadora, y los testigos...»*.

Frente a esta reclamación el extremo convocado, si bien se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, no formuló excepción alguna.

En el escrito promovido por los terceros llamados Litis consortes, con la finalidad de hacerse parte en el proceso apoyando a la demandante, plantearon unas *«pretensiones»* adicionales con una nueva causal de nulidad testamentaria, referida a la falta de presencia del notario y la no lectura del acto voluntario de viva voz y frente a los testigos.

5. El juez *ad quem* al decidir la alzada, revocó la de primera instancia, que había accedido a la pretensión de

nulidad por considerar que el *a quo* halló probada una causal distinta a la formulada en la única demanda y que, como ya se dijo, fue señalada en el escrito de intervención litisconsorcial; en su lugar negó el tribunal «**las pretensiones de la demanda lo que lleva a la validez del testamento por (falta de) los pretendidos vicios**». (Negrillas de la Sala).

6. De acuerdo con lo reseñado, es claro que la sentencia objeto de opugnación resultó totalmente absolutoria de las pretensiones incoadas en el libelo introductorio, ciñendo su determinación a los extremos planteados en la única demanda y su contestación, lo cual permite el ataque por inconsonancia, pero al recaer la censura, precisamente, en que ese sentido de la decisión es consecuencia de no haber observado algunos supuestos fácticos planteados para soportar la petición anulatoria del escrito arrimado por los litisconsortes admitidos en la primera instancia, quienes adujeron la existencia de otros vicios que afectaban la validez del testamento de la señora Soledad Vargas Jiménez, es del caso que se proceda a estudiar la reclamación aducida.

En desarrollo de esa labor surge el interrogante de si ¿debió el tribunal estimar las pretensiones contenidas en la llamada demanda litisconsorcial?, o por el contrario, ¿hizo bien al considerar improcedente esas pretensiones y revocar, por tanto, la decisión de primera instancia?

La respuesta es que no existió el error reclamado en el tribunal al proceder como lo hizo, por las razones que adelante se exponen.

7. Por sabido se tiene que cuando uno o los dos extremos del debate procesal está integrado por varios sujetos titulares de una relación de derecho sustancial o un acto jurídico que por su naturaleza o por disposición legal no fuere posible resolver de mérito y de manera uniforme sin la presencia de todos, se presenta la figura del litisconsorcio necesario, sea por activa, ya por pasiva; por el contrario, el litisconsorte será facultativo, cuando es la voluntad libre del interesado, quien si a bien lo tiene, interviene apoyado en el principio de economía procesal, actuando como parte separada en donde se ejercen litigios distintos y pretensiones diferentes, con decisiones igualmente independientes. Para la Corporación,

«...[e]n el litisconsorcio facultativo se presenta una pluralidad de pretensiones, cuya titularidad autónomamente recae en cada uno de los litisconsortes, razón por la que la ley los considera “como litigantes separados”. En el litisconsorcio necesario, en cambio, según se anotó, la unión de los litigantes obedece a una imposición legal o resulta determinada por la naturaleza de la relación o situación jurídica controvertida, siendo ellos, todos, titulares de la misma pretensión, razón por la cual “no puede ser válidamente propuesta sino por varios sujetos, o frente a varios sujetos, o por varios y frente a varios a la vez” (Guasp), por cuanto la decisión además de uniforme, lógicamente aparece como inescindible. Por último, la intervención litisconsorcial prevista por el inciso 3° del artículo 52, surge de la voluntad o iniciativa del tercero, quien decide concurrir al proceso para hacerse “litisconsorte de una parte”, la demandante o la demandada “y con las mismas facultades de ésta”, para asociarse a la pretensión o a la oposición de la parte a la cual se vincula, pero de manera autónoma, pues su concurrencia se justifica por ser titular “de una determinada relación sustancial a la cual se extienden los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso”, o sea que se

trata de una relación sustancial que en el evento de generar un conflicto de intereses, puede ser definido en su mérito sin la presencia de todos los partícipes porque ni la ley, ni la naturaleza de la relación impone el litisconsorcio necesario, es decir, no obstante que la sentencia lo liga a los efectos de la cosa juzgada, la vinculación del tercero es espontánea o facultativa». (CSJ SC de 24 de oct. de 2000, Rad. 5387).

De acuerdo con la normativa que regula la intervención litisconsorcial, cuando del necesario se trata, éstos pueden actuar o no bajo una misma representación, así como adelantar las actuaciones procesales que estimen más conveniente para la defensa de sus intereses, que en todo caso, dada la inescindibilidad de la relación sustancial que subyace, beneficiará a los demás, con la restricción que se impone respecto de aquellos actos que impliquen disposición sobre los derechos en litigio, los cuales sólo tendrán efecto si son realizados por todos; y si en el proceso no se hubieren ordenado las citaciones completas, el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, regula su llamado de oficio por el juez, siempre que no se haya proferido la sentencia de primera instancia.

8. Esa intervención con pluralidad de partes se presenta también en materia sucesoral, pues al fallecer una persona se establece una comunidad universal sobre los bienes, derechos y obligaciones que ha dejado, sin que por ello se hable de la sucesión como una persona jurídica, apareciendo lo que se ha llamado la conformación de un patrimonio autónomo. Se ha dicho en forma reiterada que «...la muerte de una persona da origen a que sobre los bienes que integran el patrimonio universal se forma una comunidad universal, en virtud de la cual todos

los herederos son titulares del derecho de herencia en todos y cada uno de los bienes que forman dicha universalidad y por una cuota equivalente a su respectivo derecho. En razón de la titularidad per universitatem que tienen todos los herederos en la masa hereditaria, ellos forman un consorcio pasivo y necesario para responder de las acciones que tiendan a sustraer bienes que pertenecen al patrimonio sucesoral. En cambio, por activa, cada heredero, en razón de suceder al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles (art. 1008 del Código Civil) y de la representación del causante en tales derechos y obligaciones (art. 1155 ibídem), puede demandar para todos los herederos a los cuales aprovecha lo favorable de la decisión, y perjudicará solamente al demandante en lo desfavorable de ella". (CSJ SC, Gaceta CXVI, pág. 123)

El heredero se convierte en sucesor jurídico del causante, tanto para el ejercicio de derechos como para contraer obligaciones y, por tanto, con facultades para demandar y ser demandado; ello, por la condición de ser ocupante de la posición vacante que deja el *de cujus*.

Si bien cualquiera que ostente un interés legítimo (herederos constituido en testamento anterior o abintestato) está autorizado para demandar la nulidad completa de un testamento, sin necesidad de la concurrencia de la totalidad de los beneficiarios de la herencia, al ser la decisión que se adopte en dicho juicio vinculante y uniforme frente a todos los interesados, resulta incontestable la existencia de un litisconsorcio necesario por pasiva, en la medida que tal memoria dispositiva no puede invalidarse frente a unos herederos y mantenerse incólume respecto de otros, salvedad hecha que se demande la nulidad de una puntual

estipulación que implicaría que únicamente se deban vincular a quienes afecte directamente lo que se decida en relación a ésta, pues en *«tal hipótesis ya no se requiere la citación de todos los sucesores del difunto, sino meramente la de los instituidos en la cláusula cuya nulidad se impetra, o de quienes reciban daño por su pronunciamiento»* (CSJ SC de 17 de ene. de 1973).

En relación con el tipo de litisconsorcio que se conforma en los procesos en que se depreque la declaración judicial de nulidad de un testamento esta Corte ha indicado, que:

“...Al rompe se advierte que asiste la clara razón al recurrente cuando afirma que, al demandar la nulidad de un testamento, se forma litisconsorcio pasivo necesario entre todas las personas que el testador en ese acto haya nombrado como sus sucesores, ya lo sea a título universal o singular. Por esta razón, el demandante debe citar al proceso de nulidad a todos esos asignatarios, so pena de que el juzgador no puede resolver sobre el fondo de la dicha pretensión. En efecto, si la nulidad tiene como objetivo el anonadamiento de todas las cláusulas de la memoria testamentaria, es apenas lógico pensar que su pronunciamiento causaría evidente perjuicio a todos los que dejando de producir efectos el testamento, perderían su calidad de asignatarios del difunto. La pretensión de que un testamento es nulo íntegramente, no podría prosperar en proceso al que sólo hubieran llamado algunos de los asignatarios, más no todos, puesto que siendo de naturaleza eminentemente indivisible esa relación jurídica sustancial, resultaría contradictorio a todas luces que la memoria testamentaria fuera nula para unos asignatarios y válida para otros. Es imposible jurídicamente que un testamento, al mismo tiempo y, respecto de unas cláusulas, produzca efectos a ciertos asignatarios y no respecto de otros. Tal situación exige que la sentencia que decida el proceso en que se ventile la nulidad de todo un testamento, sea única y de contenido idéntico para todos los asignatarios instituidos en dicha memoria. En este evento sólo sería posible pues, como lo establece el artículo 51 del C. de P. C., desatar la cuestión litigiosa con fallo uniforme para todos”. (Sent. 17 de enero de 1973, CSJ T. CXLVI, págs. 21 a 23).

En otra ocasión se dijo:

«Tratándose en el caso presente de obtener la nulidad de un testamento solemne, es absolutamente claro que se constituye en el proceso un litisconsorcio necesario entre todas las personas que el de cujus haya designado en ese acto como sucesores a título universal o singular. Como lo dijo recientemente la Corte, reiterando doctrina anterior, “si se pide la invalidez del acto que la generó, o sea del testamento, no podría producirse un pronunciamiento en un sentido determinado en relación con alguno o varios de los asignatarios, y en otro diverso en relación con los demás, tampoco podría adelantarse el proceso correspondiente si faltase uno de ellos, pues lo que se resuelve en la sentencia correspondiente debe ser uniforme para todos, ya que si es indivisible la relación que éstos constituyen, como lo ha señalado la Corte, “resultaría contradictorio a todas luces que la memoria testamentaria fuera nula para unos asignatarios y válida para otros. Es imposible jurídicamente que un testamento, al mismo tiempo y respecto de unas mismas cláusulas, produzca efectos relativamente a ciertos asignatarios y no respecto de otros. Tal situación exige que la sentencia que decida el proceso en que se ventile la nulidad de todo un testamento, sea única y de contenido idéntico para todos los asignatarios instituidos en dicha memoria, entre quienes se forma Litis consorcio necesario. En este evento solo sería posible, pues, como lo establece el artículo 51 del Código de Procedimiento Civil, desatar la cuestión litigiosa con fallo uniforme para todos. (Cas. T. CXLVI, pág. 22). Sent. de 29 de octubre de 1987, CLXXXVIII, pág. 286 (CSJ SC de 18 de sept. de 1989).

Siendo entonces que entre los asignatarios a título universal, cuando se demanda la nulidad total del testamento, se configura un litisconsorcio necesario por pasiva, «los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás», por lo que la demanda debe dirigirse contra todos, debiendo incluso el juzgador integrarlo, aun de oficio, en cualquier etapa del proceso «mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan», y de solicitar pruebas «en el

escrito de intervención» se decretarán, si es del caso disponiendo un término adicional para ello si ya se hubieran practicado las del proceso, por lo que queda claro que el documento de intervención litisconsorcial no constituye una demanda, desde la concepción procesalista, sino un simple escrito de intervención.

También es posible, a fin de tener comunidad de suerte, que algunos interesados en la pretensión de nulidad de testamento se acerquen al proceso ya constituido, para apoyar lo querido por los accionantes iniciales y de esa manera ya no sería necesario citarlos a la controversia como demandados obligados a comparecer, al hacerse parte de esa forma a través de su presentación al litigio de manera voluntaria mediante un escrito en donde expresan su interés en participar y soliciten, si a bien lo tienen, las pruebas que quieran hacer valer para apoyar las pretensiones en otrora formuladas; los sujetos así ingresados no pueden cambiar la petición inicial o plantear una causa diferente en su escrito de intervención, pues alterarían la relación procesal ya conformada y que será fundamento de la decisión que deba tomarse a través de la sentencia en donde, en virtud del principio de congruencia, deberá ceñirse a lo planteado en la demanda respectiva.

Lo anterior en razón a que, por activa lo que se presenta en acciones de nulidad de testamento es un litisconsorte voluntario, consagrado en el artículo 82 del Código Procesal Civil, hoy 88 del Código General del Proceso, que sólo permite para procesos de conocimiento conformarlo en la misma

demanda; o también con posterioridad a ella, pero siempre y cuando se presente la figura de la acumulación de procesos pendientes, sin que sea posible incluir nuevas pretensiones por inserción.

9. Revela lo indicado, y ya para el caso concreto, que si en el testamento otorgado por la señora Soledad Vargas de Jiménez, mediante escritura pública 2285 de 12 de septiembre de 2005 de la Notaría Octava del Circulo Notarial de Cali, ésta decidió instituir como herederas a sus «*HERMANAS OLIVA Y ENRIQUETA VARGAS RIVERA Y **LOS HIJOS DE [SUS] HERMANOS FALLECIDOS RICARDO VARGAS RIVERA Y ANA ROSA VARGAS RIVERA***», además dispuso, que la cuarta de mejoras y la de libre disposición fuera para beneficio de DORIS RIVERA DE JIMÉNEZ y designó como albacea testamentario a LUÍS GUILLERMO SÁNCHEZ GIRALDO, son estos sujetos los que forzosamente debían comparecer al juicio en que se discute la validez del mencionado testamento en su totalidad, como demandantes o demandados, por ser quienes resultarían afectados con la decisión.

En ese orden tenemos, que estaba llamada a comparecer forzosamente al presente juicio para demandar o ser demandada la heredera Enriqueta Vargas Rivera, quien al haber fallecido el 12 de marzo de 2006, como se acreditó con el certificado de defunción que se allegó (fl 166), esto es, con posterioridad a la muerte de la causante, se legitiman por derecho de transmisión para actuar en nombre de aquella las señoras María Elvia Sterling Vargas, María del Rosario Sterling Vargas, Mariela Sterling de Cárdenas, María

Enelia Sterling Vargas, Elena Sterling de Sánchez, Carmen Sterling Vargas, en su calidad de hijas de ésta, al no haberse acreditado que hubiera ejercido su derecho de opción, o en últimas, de haberlo ejercido, como meras sucesoras procesales, ocupando así la posición procesal que a la mencionada le correspondía.

De otro lado Beatriz Vargas de Barrera, Aura María Vargas de Puentes, Noemí Vargas de Vargas, Mariela Vargas de Valenzuela, Flor María Vargas de Poveda, Luz Marina Vargas Vargas y Carmen Vargas Vargas, hijos de Ricardo Vargas Rivera como herederos debidamente instituidos, al igual que algunos de los demandantes hijos de Ana Rosa Vargas Rivera, junto con María Oliva Vargas Rincón, dada la misma calidad que ostentan, de manera que confluyen con los anteriores a conformar en el proceso que se estudia un litisconsorcio necesario; todos ellos en esas condiciones podían demandar o ser demandados.

Ahora bien, esos asignatarios testamentarios que ad initio no promovieron la acción pidieron entrar al proceso como litisconsortes, y esto es importante, no para controvertir la pretensión de nulidad total del testamento dejado por la señora SOLEDAD VARGAS DE JIMÉNEZ, contra DORIS RIVERA DE JIMÉNEZ y LUÍS GUILLERMO SÁNCHEZ GIRALDO y propuesta por los otros beneficiarios de la herencia sino, por el contrario, avalaron la misma, pero planteando causa diferente, lo que no obsta para tenerlos como partes necesarias a efectos de la sentencia proferida.

Empero, como no promovieron la acción inicial, sino que entraron al proceso con escrito de intervención, ni propusieron acumulación de procesos, al comparecer al juicio lo toman en el estado que estaba al momento de su ingreso con la sola potestad de solicitar pruebas, pero no para plantear su propia causa a través de una nueva demanda autónoma, puesto que el legislador no autorizó esa posibilidad en la norma que regula la participación del litisconsorte voluntario por activa.

Y, como no es una demanda, las mal llamadas «*pretensiones*» allí plasmadas no tienen la connotación para ser resueltas en la sentencia, toda vez que no hacen parte de la relación jurídica objeto de controversia puesta a consideración de la jurisdicción; al tomarlas en cuenta y estudiarlas el *a quo*, sin ser ello permitido, hizo bien el superior en señalar incongruente el fallo y desecharlas del debate procesal y sustancial.

10. Corolario de todo lo dicho es que, al no tener la calidad de demanda el escrito de intervención litisconsorcial allegado por los intervinientes por activa, ningún error de inconsonancia se advierte del proceder del Tribunal, cuando al decidir no tuvo en consideración los otros motivos de invalidez que en el mencionado documento fueron planteados y, por el contrario, ciñó su decisión a los puntuales vicios que se adujeron en la demanda, pues expresamente resaltó en su decisión que se niegan las pretensiones **«lo que lleva a la validez del testamento por los pretendidos vicios»**.

11. Ahora bien, como quiera que el vicio de inconsonancia también puede ocurrir cuando el juzgador desatiende el deber que le impone el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *«cuando el juez halle probados los hechos que constituyan una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa que deberán alegarse en la contestación de la demanda»*, es de rigor examinar si tal supuesto se dio en el presente caso.

12. Preciso es recordar que el legislador atendiendo la naturaleza dispositiva del testamento ha establecido una serie de solemnidades, cuya desatención acarrea la nulidad del acto.

En la realización de los actos jurídicos se impone la satisfacción de los requisitos generales de toda declaración de voluntad, previstos en el artículo 1502 del Código Civil, así como de los especiales que la normativa que regula la materia exige, respecto de las cuales esta Corte frente al otorgamiento del testamento ha dicho, que *«reflejan el rigor con que el legislador quiso rodear la expresión de la última voluntad del testador, para garantizar de ese modo, la pureza del acto y evitar deformaciones de esa voluntad, hasta el punto de disponer que el 'testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que debe respectivamente sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno»* (CSJ SC de 20 de may. de 1997, exp. 4856).

Requisitos que, si bien han merecido algún relajamiento en su manejo por parte de la jurisprudencia, no pueden ser desconocidos con carácter absoluto, dada la solemnidad que se predica de dicha manifestación de voluntad, a capa de afectar la validez sustancial del acto, expresándose en relación al tema que:

"...en materia de nulidades, y especialmente en las referentes a los testamentos, el criterio debe ser siempre restricto y jamás de ampliación, por lo grave que es dejar, sin fundamentos muy sólidos y sin razones muy evidentes, ineficaz e inoperante la última voluntad del testador". (G.J. t. LIV bis, pág. 157; LXXXIV, pág. 366 y CXIII, pág. 108).

Surge evidente, entonces, que el propósito del legislador ha sido el de propender por la estabilidad, firmeza y cumplida ejecución de la última voluntad de quien decide disponer de sus bienes mediante alguna de las formas testamentarias preestablecidas; por esa razón, únicamente son susceptibles de invalidar los actos solemnes de aquella especie respecto de los cuales se demuestre en forma fehaciente la existencia de errores en su otorgamiento que, sin resquicio de duda, estructuren alguna de las precisas y concretas causales de nulidad consagradas en el ordenamiento positivo, y no cualquier otro vicio o irregularidad. (CSJ SC 13 de oct. de 2006). (Resalta la Corte).

Consecuente con lo indicado, para que el acto testamentario pueda cumplir su cometido tiene que sujetarse a las formalidades que prevé el ordenamiento, las cuales deberán satisfacerse al momento de su otorgamiento, so pena de **no tener valor alguno**, como expresamente lo contempla el art. 11 de la ley 95 de 1890, que a la letra enseña: «El testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que debe, respectivamente, sujetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno...». Invalidez que la misma normativa indica no tendrá lugar «cuando se

omitiera una o más de las designaciones prescritas en el artículo 1073, en el inciso 4 del 1080 y en el inciso 2 del 1081, no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador notario o testigo», advirtiéndose de esta forma la ineludible consecuencia que apareja la desatención de las ritualidades esenciales que la ley impone para materializar sin alteración o deformación el inequívoco querer del testador.

En materia de nulidad testamentaria se habla de nulidades internas y externas, haciendo referencia las primeras a las deficiencias en los requisitos de fondo, relacionados con la capacidad del testador, o vicios del consentimiento, objeto y causa ilícitos y las segundas a la omisión de las solemnidades, generando en ambos casos nulidades absolutas.

Existen algunas formalidades cuyo cumplimiento por propia disposición legal, exige constancia expresa de su acatamiento en el acto mismo, so pena que se tengan por desatendidas, sin que se admita prueba posterior en contrario; en tanto que otras, si bien se exige su atención, el no mencionarlas no invalida el acto, pues se permite presumir que se cumplieron, quedando la posibilidad de acreditarse lo contrario por cualquier otro medio de prueba.

13. De otro lado, si bien la nulidad absoluta puede ser declarada, aun de oficio, por el juzgador, para tal propósito resulta indispensable que, conforme lo impone el artículo 1742 del Código Civil dicha nulidad *«aparezca de manifiesto en el*

acto o contrato», puesto que de no ser así deberá no solo alegarse por el interesado, sino también acreditarse debidamente.

Si esto es así y del contenido de la escritura pública número 2285 de 12 de septiembre de 2005 se desprende que la señora Soledad Vargas de Jiménez, dando cuenta de sus condiciones personales y estado de sanidad mental manifestó su voluntad de otorgar testamento, en presencia de tres (3) testigos de quienes se dice *«son personas hábiles e idóneas para testimoniar y consecuentemente no cobijadas por ningún impedimento legal»,* cuyas estipulaciones quedaron expresamente referidas en el acto escritural, así como también se dejó constancia que el instrumento *«se otorgó conforme a los artículos 8° y 9° del Decreto 960 de 1970. LEÍDO el presente público instrumento por el Notario, a la testadora y los testigos en un solo acto, en clara, alta y perceptible voz, de manera que todos lo oyeran y entendieran a cabalidad. La testadora lo halló conforme con sus intenciones, lo aprobó y firmó junto con los testigos y el Notario que da fe, quedando advertidos de las formalidades legales»,* se puede pregonar, *prima facie,* la satisfacción de las formalidades esenciales para la validez del mencionado acto, por lo que no se daban las condiciones para que el juzgador concurreniera a una declaración oficiosa de nulidad del mismo.

Y no se diga que la manifestación contenida en la mentada escritura pública referente a que *«FIRMAS Y HUELLAS TOMADAS POR EL Dr. Mauricio Jiménez en la Avenida 8 N número 25 N°105 de la ciudad de Cali»* resulta suficiente para enervar aquella presunción de autenticidad que cobija la manifestación previa que hace el propio notario en el mismo

instrumento como guardián de la fe pública, que habilite la declaración oficiosa de nulidad, puesto que, el propio Estado ha confiado a los notarios la función de otorgar autenticidad a las declaraciones que son emitidas ante él y dar plena fe de los hechos que él ha percibido en el ejercicio de sus atribuciones, de manera que, en principio, la manifestación previa que contiene el instrumento de haberse acatado las formalidades de ley para el otorgamiento del testamento de Soledad Vargas se deben tener por ciertas; y aun cuando el acervo probatorio, al desviarse del tema *probandum* que se imponía a partir de la demanda y su contestación, pudo evidenciar la ocurrencia de alguna falencia invalidante, al no aparecer éstas de manifiesto en el acto debían ser alegadas **oportunamente** por los interesados y como así no se hizo, de acuerdo con lo visto, el marco decisorio quedó delimitado por lo esgrimido por éstas en las debidas oportunidades y al no ser desbordado por el tribunal impide pregonar el vicio de inconsonancia alegado.(Resalto de la Sala).

14. En consecuencia, el cargo no prospera.

CARGO PRIMERO

Con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la sentencia impugnada de *«haber violado de manera indirecta por falta de aplicación, el numeral 9º del artículo 3 del Decreto 960 de 1970, así como los artículos 6, 13, 14, 35, 40, 73, 75, 100, 145, 146, 148, 151, 161, y 168 de dicha norma; el artículo 5 del Decreto 2163 de 1970; el artículo 1 de la ley 29 de 1973, los artículos 1, 47, 58, 60, 65 y 67 del Decreto 2148*

de 1983; los artículos 9 y 10 de la ley 489 de 1998; artículos 1 y 5 de la ley 588 de 2000 y por último los artículos 1055, 1064, 1068, 1070, 1074, 1075, 1083, 1741 y 1500 del Código Civil, como consecuencia de los evidentes errores de hecho cometidos por el Ad Quem en la apreciación de las pruebas practicadas».

Para soportar su censura el impugnante a modo de introducción hace mención, previamente, a la naturaleza del testamento, especialmente del abierto, a los requisitos para su eficacia y validez, y a las consecuencias que se derivan de su omisión.

Refiere que el primer error de hecho cometido por el Tribunal fue, que *«consideró cumplidos la totalidad de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la formación del testamento, omitiendo los diferentes medios probatorios con los que se demostró que el otorgamiento del testamento no se hizo en un único acto y mucho menos en presencia de un notario, pues el funcionario que acudió al lecho de la señora Soledad Vargas de Jiménez no estaba investido con dichas funciones, irregularidades que [a nuestro juicio] tienen la suficiente entidad para cambiar el sentido del pronunciamiento judicial recurrido».*

Alude a la intervención del Notario en el otorgamiento de los testamentos y el alcance de su función, a partir del contenido de capítulo II del título V del Decreto ley 960 de 1970, tras lo cual señala, que *«es evidente que el juez A Quem (sic) al resolver el recurso de apelación planteado por la parte demandada cometió varios errores de hecho en la valoración del acervo probatorio obrante en el expediente que sin duda alguna demuestran la nulidad del testamento».*

En ese orden, sostiene que se incurrió en error «*cuando omitió el testimonio del señor MAURICIO JIMÉNEZ RAMÍREZ ... por cuanto no se percató que allí se comprobó que la persona que actuó como notario y por consiguiente, depositario de la fe pública, no estaba legalmente facultado para actuar como tal*», citando algunas de las manifestaciones que hiciera en su declaración, de las cuales extrae, que «*efectivamente, como lo manifiesta el propio testigo, este acudió al domicilio de la señora Soledad Vargas de Jiménez, con el fin de leer el testamento previamente allegado, tomar las huellas y firmas tanto de la causante como de los testigos allí presentes, pero en su calidad de funcionario de la notaría de la que fungía como notario titular el Doctor Edgar Victoria González, quien para la fecha se encontraba de permiso, quedando encargada la Doctora María Gladys Montenegro Escobar, es decir que las funciones establecidas en los artículos 3,6,13,14,40 y 161 del Decreto Ley 960 de 1970 y demás normas concordantes, no fueron legalmente ejercidas pues el funcionario legalmente designado por el ordenamiento jurídico para el efecto, en este caso la Doctora Montenegro Escobar, no presenció el otorgamiento del acto testamentario*».

Continúa diciendo, «*[N]ótese como la unidad de otorgamiento a que hace referencia la doctrina no fue respetada en el caso sub iudice, pues del testimonio analizado se puede apreciar con toda claridad que la lectura del testamento se llevó a cabo no solo en momentos diferentes, sino también por personas diferentes; indudablemente, mientras que el otorgamiento del testamento se adelantó en presencia del señor MAURICIO JIMÉNEZ RAMÍREZ, funcionario de la notaria 8ª de Cali, su extensión, autorización y protocolización es adelantada por la Notaria encargada Doctora MONTENEGRO ESCOBAR*», lo que, en su sentir, hace palmaria la nulidad alegada y, por tanto, resulta incuestionable que la decisión tomada por el Tribunal vulnera los artículos del Código Civil mencionados en el cargo, referentes a las formalidades que deben contener los

testamentos abiertos y, por esa vía, *«al no declararse la pretensión de nulidad del testamento irregularmente otorgado, de manera indirecta se convalidó una figura inexistente en el ordenamiento jurídico colombiano como lo es la delegación de funciones delegadas»*, insistiendo en la naturaleza de la actividad notarial.

Frente a esto último reitera, que *«la situación irregular antes mencionada se presentó y acreditó en el proceso»*, por lo que la decisión vulneró la ley 489 de 1998, relacionada con la delegación de funciones de las autoridades administrativas, *«pues al no apreciarse en debida forma el testimonio del señor MAURICIO JIMÉNEZ RAMÍREZ, el tribunal pasó por alto los principios básicos que regulan las modalidades en las que actúa la administración, o lo que es lo mismo, se consintió la delegación indelegable con lo que sin duda alguna se vulneraron las normas anteriormente mencionadas»*.

Otro error que imputa la censura, es que el tribunal ignoró el contenido de la Resolución N° 4989 de 5 de septiembre de 2005 y del oficio de 5 de febrero de 2009 remitido por la Superintendencia de Notariado y Registro, los que comprueban que el mentado Mauricio Jiménez Ramírez *«para la época de los hechos, no ostentaba el cargo de notario y por lo tanto no podía intervenir en el otorgamiento, extensión y autorización de los testamentos solemnes conforme a la ley civil deban otorgarse ante ellos, ni mucho menos efectuar la lectura de la escritura pública en los términos del artículo 35 del Decreto 960 de 1970»*, y de haberse apreciado adecuadamente hubiera deducido que quienes ostentaban el cargo eran los señores Edgar Victoria González y María Gladys Montenegro Escobar, el primero como titular y la segunda como encargada.

Dice entonces, que por ello puede *«concluir la existencia de un “yerro por preterición” pues el juez de segunda instancia negó el derecho reclamado por los demandantes al no ver, y por ende, no apreciar en su sentencia, la prueba idónea de los hechos que lo estructuran»*.

Error de hecho que igualmente se presentó al omitir el testimonio de la señora Olga Jiménez de Aristizabal, que demuestra la invalidez absoluta del testamento, en la medida que al estudiarse su declaración *«aparece claramente probado que la persona que asistió, supuestamente en calidad de notario, a la diligencia en la que la señora SOLEDAD VARGAS DE JIMÉNEZ otorgó su testamento, no sólo usurpó las funciones privativas de un notario, como ya se tuvo oportunidad de demostrar, hecho que por sí solo acarrea la nulidad del testamento, sino que no cumplió con las formalidades establecidas por la ley»*, detallando apartes de la mencionada declaración, de la que extrae el desconocimiento de *«lo dispuesto en los artículos 1070, 1072 y 1074 del Código Civil, pues como se observó el testamento no fue leído en presencia de los sujetos a que hace referencia el ordenamiento jurídico»*.

Yerro que surge igualmente por ignorar los testimonios de Reinaldo Peña Valencia, María Gladys Montenegro Escobar y Jorge Eduardo Navia Barona, que también ponen de presente la existencia de la invalidez absoluta del testamento opugnado, y de los cuales, considera, se colige el total desconocimiento de las formalidades previstas para su otorgamiento, al no haberse realizado frente a notario; desconocimiento de la unidad del acto pretendida por el legislador, y lo indicado por quien firma la escritura pública como notaria encargada para la época de los hechos,

desgranando para el efecto el contenido de dichas juramentadas.

III. CONSIDERACIONES

1. El reproche que por la vía del recurso extraordinario se formula contra la sentencia proferida en este asunto, se soportó en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, aduciendo que el tribunal vulneró las disposiciones antes reseñadas, por causa de la indebida valoración de las pruebas que fueron arrimadas al juicio, al ser ignoradas por el juzgador, lo que motivó que no se accediera a la pretensión invalidante planteada.

2. Se ha dicho de manera reiterada por esta Corporación que en razón de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y por la presunción de legalidad y acierto con que viene precedida la decisión impugnada, su promotor no puede olvidar que este remedio procesal no atañe al aspecto fáctico de la controversia judicial (*thema decidendum*); menos está concebido como una nueva oportunidad para debatir el *factum* del litigio, tampoco constituye una tercera instancia, amen que el objetivo principal es escudriñar el contenido del fallo proferido por el *ad-quem* (*thema decissus*), tratando de visualizar los yerros denunciados y, así, en una confrontación idónea, quebrar la sentencia proferida, habida cuenta que «el recurso de casación procede frente a la sentencia como *thema decissum* y no del litigio como *thema decidendum*, pues la Corte, por mandato constitucional, “ostenta la privativa calidad de Tribunal de casación, como tal ajena al juzgamiento propio de los jueces de primero y de segundo grado” (Cas.

Agosto 14/2000, exp. 5552, reiterada CSJ SC del 25 de ene. de 2008, exp. 2002-00373-01).

En ese orden, cuando se esgrima como soporte de la acusación el primer motivo de casación, en cualquiera de sus especies de violación de normas sustanciales, los reparos deberán comprender todos y cada uno de los fundamentos de la providencia, toda vez que si alguno se pretermite y/o se ignora de tal manera que al quedar en pie sirva de báculo a la decisión no hay lugar a CASAR la sentencia, sin que la Corte pueda de oficio completar el cargo.

Consecuente con lo anterior, deviene imperativo que los soportes de la acusación presenten la debida simetría entre las motivaciones del fallo recurrido y la acusación formulada, aspecto sobre el cual esta Corte ha manifestado que:

debe entenderse no sólo como armonía de la demanda de casación con la sentencia en cuanto a la plenitud del ataque, es decir, porque aquella combate todas y cada una de las apreciaciones jurídicas y probatorias que fundamentan la resolución, sino como coherencia lógica y jurídica, según se dejó visto, entre las razones expuestas por el juzgador y las propuestas por el impugnante, pues en vano resulta para el éxito del recurso hacer planteamientos que se dice impugnativos, si ellos son aparente y realmente extraños al discurso argumentativo de la sentencia. (CSJ, SC del 14 de jul. de 1998, exp. 4724).

Más recientemente se dijo que:

«...pertinente es insistir en que los ataques en casación deben guardar total simetría con los fundamentos en los que el sentenciador de instancia respaldó las decisiones que adoptó en frente del litigio, puesto que, como aquí acontece, cuando el recurrente no es fiel a las razones que sirvieron de fundamento a

la sentencia cuyo quiebre persigue, deja de atacar las que verdaderamente le prestaron pie de apoyo, que al no ser removidas, impiden, per se, que el respectivo pronunciamiento se derrumbe».

En el punto, la Corte ha sido insistente al sostener que ‘...‘el recurso debe orientarse a desvirtuar con sentido objetivo de integralidad la base jurídica del fallo; de no hacerlo, de no hacerse cargo en forma circunstanciada de todas las apreciaciones de fondo que conforman esa base o lo que a ello equivale en últimas, si desatiende la estructura del juicio jurisdiccional discutido y se aparta de la línea argumental que inspira la solución que en derecho se le imprime a la controversia por virtud de dicho juicio, el mencionado recurso es improcedente, improcedencia (...) que responde a necesidades conceptuales que sin duda se identifican con la naturaleza misma que en nuestro medio el ordenamiento le reconoce al recurso de casación...’” (Cas. Civ., sentencia del 27 de marzo de 1992, reiterada en el fallo del 25 de marzo de 1999 (expediente No. 5089)) (CSJ SC 9 de diciembre de 2011, rad. n° 2007 00892 01).

3. Todo el cargo se dirige por el recurrente frente al que considera desatino de la decisión, por haber desestimado las pretensiones de la «demanda» formulada por los litisconsortes, relacionadas con la nulidad del testamento otorgado por la señora Soledad Vargas de Jiménez mediante escritura pública 2285 del 12 de septiembre de 2005, de la Notaría Octava de Cali, por cuanto el tribunal *consideró cumplidos la totalidad de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la formación del testamento, omitiendo los diferentes medios probatorios con los que se demostró que el otorgamiento del testamento no se hizo en un único acto y mucho menos en presencia de un notario, pues el funcionario que acudió al lecho de la señora Soledad Vargas de Jiménez no estaba investido con dichas funciones, irregularidades que [a nuestro juicio] tienen la suficiente entidad cambiar el sentido del pronunciamiento judicial recurrido».*

Por su parte en la sentencia objeto de censura, como se expresó al resolver el cargo de inconsonancia, se indicó por el tribunal que la querida por el casacionista aspiración de nulidad testamentaria, originada en la falta de asistencia del Notario y en el no otorgamiento de la memoria en un solo acto, se planteó inoportunamente, no fue propuesta dentro del libelo genitor y, por tanto, no podía ser tenida como tal dentro del plenario.

Igualmente manifestó el *ad quem* que de manera indebida el juzgador descreyó *«de la constancia hecha en el acto testamentario controvertido con base en testimonios libremente apreciados. Con ello, simplemente puso en pie de igualdad la constancia notarial con eventuales afirmaciones de testigos e ignoró el especial propósito de la fe pública que la ley le otorga al notario»*, concluyendo que *«no cabía someter a un libre examen de la prueba un aspecto cuya prueba la ley le atribuye, de manera excluyente, al notario, como es la constancia de que el testamento fue leído en presencia de los testigos y la testadora y que, con ello, se cumplió con la función legal»*, que si bien ello se podía desvirtuar, lo era solamente mediante tacha de falsedad, que implicaba *«el pronunciamiento de la justicia penal, pues era la única forma de garantizar los derechos del notario y su delegada en el acto»*.

Adicionalmente sostuvo, que no era posible declarar de oficio la nulidad absoluta del testamento, en razón a que ella sólo es procedente cuando aparece de manifiesto en el mismo acto y no hay que acudir a pruebas distintas del propio documento público para buscarla, situación que se presentó en el negocio jurídico atacado de inválido.

4. Claramente se advierte que la argumentación que sirvió de soporte a la decisión no fue atacada en este cargo;

por el contrario, toda la censura va dirigida a querer demostrar que los elementos persuasivos arrimados al trámite acreditan la existencia de la causal de nulidad del negocio unilateral planteada en el escrito de intervención y, por tanto, incurrió el *ad quem* en error de hecho, alejándose así los reproches de manera absoluta de aquellos planteamientos y al hacerlo se incurrió en una falta de técnica que impide estudiar de fondo la acusación.

5. Consecuente con lo indicado emerge que el reproche planteado desatendió la exigencia de simetría indispensable, pues al no cuestionar las verdaderas razones que determinaron el sentido de la decisión, dicha omisión permite que las mismas permanezcan incólumes, soportando por sí solas la decisión impugnada, tornando de esta forma impróspero el cargo.

6. No obstante lo anterior, se advierte por esta Corporación la necesidad de realizar una rectificación doctrinal respecto a las siguientes manifestaciones contenidas en la sentencia del Tribunal:

«...aunque en el proceso se discutió la nulidad del testamento contenido en la escritura pública mencionada, en realidad la sentencia lo que contiene es toda una declaración de falsedad de la declaración notarial, pues esta es la única forma en que puede destruirse legalmente lo afirmado por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, como que el artículo 286 del Código Penal sanciona como una falsedad ideológica el que un servidor público en ejercicio de sus funciones “al extender documento público que pueda servir como prueba, consigne la falsedad o calle total o parcialmente la verdad...”».

*Por supuesto, semejante conclusión habría tenido que venir precedida de la prejudicialidad prevista en el ordinal 1 del Art. 170 del Código de Procedimiento Penal, comoquiera que no es aceptable dar por concluida la falsedad ideológica de un acto notarial, sin que el notario haya tenido la oportunidad de defenderse dentro del proceso penal correspondiente... **En cualquier caso, sin una sentencia penal que concluya en la falsedad de la declaración notarial sobre la lectura del testamento no es jurídicamente posible asumir judicialmente que esa declaración falta a la verdad...***. (Negrillas ajenas al texto).

Sobre el tema esta Corporación ha expresado que el alcance probatorio de los documentos públicos, como lo es la escritura pública contentiva de la memoria testamentaria, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil, «*hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que las autoriza*», y sobre esa norma ha dicho que «*desde ningún punto de vista, impide que dentro del proceso civil pueda demostrarse lo contrario y que tal demostración se logre por diversos medios persuasivos*», por cuanto en relación con esos puntuales tópicos la «*presunción de validez del testamento otorgado ante notario, es susceptible de ser desvirtuada y, claro está, como advierte la doctrina, que ello no puede acontecer sino con prueba que ciertamente demuestre lo contrario de lo considerado en el documento notarial*» (G.J.T. CLXXXVIII, pág. 290, citada en sentencia 13 de oct. de 2006, expediente 41001-3110-001-2000-00512-01).

Lo anterior resulta en armonía con las previsiones contenidas en el citado artículo 264 del Código de Procedimiento Civil según el cual «*Las declaraciones que hagan los interesados en escritura pública, tendrán entre éstos y sus causahabientes el alcance probatorio señalado en el artículo 258;*

respecto de terceros; se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica».

En donde el artículo 258 allí mencionado, es claro al señalar que *«[L]a prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, y comprende aun lo meramente enunciativo siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato»*, lo que constituye la denominada indivisibilidad del documento, en virtud de lo cual la valoración probatoria de estos deberá realizarse de manera íntegra, esto es, apreciándolo en toda su dimensión y no fragmentariamente.

Si esto es así, podrá impugnarse la validez del instrumento o del acto instrumentado, en donde si bien se ha admitido en el primer evento, por la tipología de las causas invalidantes, la necesidad de citar como parte al notario, a fin de garantizarle su derecho de contradicción y defensa, ello no se aviene cuando lo discutido es lo segundo, esto es, la validez del acto instrumentado, como parece entenderlo el tribunal *ad quem* y, mucho menos, que para tal propósito resulte indispensable la declaración previa de falsedad de la escritura por la autoridad penal.

Lo anterior, como quiera que la discusión sobre la eficacia y validez de los negocios y actos jurídicos puede surtirse debida y plenamente ante el juez civil, quien con conocimiento de causa podrá determinar si en el mismo concurren todas las exigencias de ley o, por el contrario, está afecto de nulidad que haga imperativa su declaración, máxime cuando no toda falencia formal es susceptible de generar la invalidez del negocio; empero, si resulta inválido

por causas ajenas a las previstas en el artículo 99 del Decreto 960 de 1970, y así se declara, quedará implícita en la decisión la nulidad del instrumento, sin que de suyo tal resolución lleve ínsita una imputación delictual al notario o a las partes que intervinieron en el acto, que haga forzosa la intervención previa del juez punitivo.

Si bien no se desconoce la facultad que tienen las autoridades penales para investigar y sancionar todas aquellas conductas que constituyan punibles cuya ejecución puede quedar materializado en una escritura pública, ningún impedimento legal existe para que el juez civil pueda declarar la nulidad de un determinado acto jurídico, bien por no haberse satisfecho las exigencias formales que para el mismo se imponen o por deficiencias de igual naturaleza pero del instrumento público que lo contiene, sin que para ello sea perentoria la declaración previa de falsedad del juez de los ritos penales.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 9 de agosto de 2013, proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario que promovieron **María Oliva Vargas de Vargas, Ana Tulia Rincón Vargas, Mercedes Rincón Vargas, Pedro Antonio Rincón Vargas, Orlando Morales, Jairo Morales Rincón, Pedro Pablo Diosdado Rincón** contra **Doris Rivera de Jiménez y Luis Guillermo Sánchez Giraldo**.

Sin costas a cargo de la parte recurrente, por la rectificación doctrinal contenida en la decisión.

Notifíquese y devuélvase

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA