

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SALA DE FAMILIA**

Bogotá, D.C., veintiséis de marzo de dos mil veintiuno

Doctora: LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

PROCESO DE NULIDAD DE TESTAMENTO DE PEDRO JOSÉ JIMÉNEZ FANDIÑO Y OTROS FRENTE A BERTHA DORIS PATIÑO ARANA Y OTROS - RAD. No.: 11001-31-10-015-2001-00342-01

Aprobado en Sala según Acta No. 030 del 19 de marzo de 2021

Decide el Tribunal Superior de Bogotá D. C., en Sala de Familia, los recursos de apelación interpuestos por los demandados **BERTHA DORIS PATIÑO ARANA, MARTÍN DE JESÚS JIMÉNEZ PATIÑO** y **AUGUSTO FRANCISCO SÁNCHEZ CAMARO** (albacea testamentario), frente a la sentencia del 27 de febrero de 2020, del **JUZGADO TREINTA DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.**, proferida en el proceso de nulidad de testamento instaurado por **PEDRO JOSÉ JIMÉNEZ** y **MARTÍN DE JESÚS JIMÉNEZ FANDIÑO**, hermanos de la testadora **DADYLTHE MARÍA JIMÉNEZ FANDIÑO**, ahora representados por sus sucesores procesales, **PATRICIA MARLENE, MAURICIO HERNÁN JIMÉNEZ RAMÍREZ** y **LIGIA SOFÍA REBELLÓN DE JIMÉNEZ FANDIÑO**, en contra de los legatarios, señores **BERTHA DORIS PATIÑO ARANA, MARTÍN DE JESÚS JIMÉNEZ PATIÑO, MERCEDES SÁNCHEZ DE ARELLANO, ÁNGELA MARÍA ARELLANO SÁNCHEZ, JOSÉ ADRIANO SALAMANCA SANDOVAL, ALBERTO URIBE AGUDELO, JORGE JIMÉNEZ PIZARRO, MAGDALENA JIMÉNEZ PIZARRO, CONSTANZA ARELLANO SÁNCHEZ** y **AUGUSTO FRANCISCO SÁNCHEZ CAMARO**.

I. ANTECEDENTES:

1. Los promotores del proceso solicitaron declarar la nulidad del testamento abierto dejado por su hermana **DADYLTHE MARÍA JIMÉNEZ FANDIÑO**, consignado en la Escritura Pública No. 00355 del 15 de marzo de 2000 de la Notaría Sesenta y Dos del Círculo de esta ciudad, y condenar en costas a quienes se opongan a lo pretendido.

2. En sustento de tales pretensiones, relataron los siguientes hechos relevantes:

2.1 Los demandantes son hermanos matrimoniales de la causante **DADYLTHE MARÍA JIMÉNEZ FANDIÑO**, quien falleció en esta ciudad el 17 de agosto de 2000, soltera, sin descendencia biológica, ni adoptiva.

2.2 Por razones de salud, pues *“no podía movilizarse sola”*, la testadora pasó sus últimos años de vida en su casa ubicada en la *“calle 54 A número 22 – 23 de Bogotá”*, al cuidado de su cuñada *“DORIS PATIÑO ARANA, compañera permanente de su hermano MARTÍN DE JESÚS JIMÉNEZ”*, y de la empleada doméstica *“ANA FORERO CEPEDA”*, residente en la misma casa; fue allí donde *“aparentemente”*, aquella otorgó el testamento, pero no *“en presencia de los testigos conforme lo señala la ley”*, y quienes *“figuran como tales debieron firmar en ocasión distinta al momento en que aparentemente lo suscribió la testadora...”*; el testamento no se otorgó en un solo acto; además, la firma de **DADYLTHE MARÍA**, según selló impuesto debajo de la misma, *“indica que... fue tomada fuera del despacho”*, y *“...tiene unas diferencias sustanciales con la firma usada en vida por la supuesta testadora, que después de una consolidación pericial sobre el hecho deben determinar la Nulidad (sic) del Testamento (sic)”*.

2.3 El proceso de sucesión presentado por el doctor **AUGUSTO FRANCISCO SÁNCHEZ CAMARO**, legatario y albacea testamentario, se adelanta en el Juzgado Noveno de Familia de esta ciudad¹.

3. Trámite procesal adelantado en la primera instancia

¹ Actualmente la sucesión se tramita en el Juzgado Treinta y Dos de Familia de Bogotá

1. Al Juzgado Quince de Familia de Bogotá, D. C., se asignó inicialmente el conocimiento de la demanda², presentada a reparto el día 16 de marzo de 2001, se admitió a trámite en auto del 30 de marzo de 2000 (sic), notificado en estado Nro. 046 del 5 de abril de 2001³, corregido, en autos del 25 de abril de 2002 y 20 de enero de 2010, adicionado en proveído del 26 de abril de 2010, y los demandados concurren al proceso, así:

- **AUGUSTO FRANCISCO SÁNCHEZ CAMARO**, albacea sin tenencia de bienes, quien aseguró haber sido apoderado de confianza de la causante y encargado de los trámites del testamento, se notificó personalmente el 8 de febrero de 2002; contestó la demanda actuando en causa propia, oponiendo en su defensa las excepciones de mérito denominadas “*EL TESTAMENTO OTORGADO POR LA TESTADORA ES UN TESTAMENTO SOLEMNE, PÚBLICO, ABIERTO*” y “*EL TESTAMENTO FUE OTORGADO CON EL LLENO DE LOS REQUISITOS DE LEY*”, las cuales sustentó en similares términos. Manifestó que el testamento, dictado a él personalmente por la testadora “*cláusula por cláusula*”, en “*más de cinco veces*”, con “*más de un año de antelación*”, no se elevó a escritura pública, sino hasta tanto la señora **DADYLTHE** lo consideró “*ajustado a su verdadera voluntad*”. Por razones de salud, por cuanto “*le era difícil caminar fuera de su casa y sentía dolor y fatiga*”, la testadora suscribió dicho instrumento en su casa de habitación, hasta donde se desplazó el notario “*con los interesados*”, por solicitud de aquella y de los señores **BERTHA DORIS PATIÑO ARANA** y **MARTÍN DE JESÚS JIMÉNEZ FANDIÑO**.

Los testigos **JORGE GONZÁLEZ**, **RICARDO RENDÓN** y **ZORETH MESA CENDALES**, personas “*de mi absoluta confianza... idóneas, honestas, responsables que no fueran familiares de la testadora*”, por voluntad de esta última, si bien “*permanecieron afuera porque DORIS PATIÑO DE ARANA (sic) no permitió que entraran debido al cansancio de la testadora*”, sí “*conocieron de las disposiciones testamentarias*”, no solo “*porque se les leyó en voz alta, sino porque personalmente también lo leyeron, lo tuvieron en sus manos y... estamparon en él*”

2.El 12 de febrero de 2013 el **JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE DESCONGESTIÓN DE BOGOTÁ** avocó conocimiento de las diligencias, según lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA11-8324 de 2011, posteriormente las devolvió al Juzgado de origen con oficio No. 821 del 31 de julio de 2013, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo No. PSAA13 – 9962, y éste a su vez las remitió al **JUZGADO TREINTA DE FAMILIA DE BOGOTÁ**, el cual asumió su trámite el 30 de abril de 2015, en atención al Acuerdo PSAA15-10313 del 5 de marzo de 2015.

3 Se infiere por la fecha de presentación de la demanda, que la misma fue admitida el 30 de marzo de 2001, y no el 30 de marzo de 2000.

su firma rúbrica...” en la notaría, a donde después se trasladaron. La testigo “ZORETH MESA CENDALES fue escogida para que... pasara al computador la minuta testamentaria”, la cual se presentó al notario, junto con el “DISKET” y “dos certificados del NEUROLOGO (sic) de cabecera de la testadora... traídos por la señora DORIS PATIÑO ARANA, del 15 de febrero y... 10 de marzo de 2000”.

Los demandantes, así como la señora **DORIS PATIÑO ARANA** y su hijo **MARTÍN DE JESÚS JIMÉNEZ PATIÑO**, agregó el demandado, “eran sabedores” de la voluntad de la testadora y estaban enterados “[de] que mi presencia en dicha casa, se debía a que la testadora, me estaba dictando su última voluntad, para que se elevara a Escritura Pública ante la Notaría 62 de Bogotá”, pese a lo cual “...se atrevieron a ir a mi oficina para que con los escritos elaborados por ellos, se contrariara la voluntad de la testadora...”; “Todos”, refiere el albacea, sabían del deseo de la testadora “de que se fundara después de su muerte, una obra benéfica sin ánimo de lucro para atender unos ancianos, la que debería llevar por nombre ‘Santísima Trinidad’, pero eso les disgustaba” (fol. 59).

- **MARTÍN DE JESÚS JIMÉNEZ PATIÑO, JORGE ENRIQUE y MAGDALENA JIMÉNEZ PIZARRO** notificados personalmente el 17 de enero de 2003, 8 y 10 de febrero de 2010, y **ÁNGELA MARÍA ARELLANO SÁNCHEZ**, notificada por conducta concluyente el 20 de noviembre de 2013, guardaron silencio. **ALBERTO URIBE AGUDELO y JOSÉ ADRIANO SALAMANCA SANDOVAL**, notificados personalmente el 12 y 19 de febrero de 2010, se allanaron a las pretensiones de la demanda.

- **BERTHA DORIS PATIÑO ARANA** notificada por aviso el 11 de mayo de 2010, se opuso a las pretensiones con seis excepciones de mérito: **(i) “PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN”**, la notificación del auto admisorio, dijo, no se efectuó dentro de “los noventa días”, sino transcurridos “...más de diez años... para solicitar cualquier acción...”, además “El testamento que hoy se pretende impugnar después de tanto tiempo cumple con los requisitos legales y fue otorgado ante notario público quien da fe del estado en que se encontraba y las facultades que tenía la señora **DADYLTHE**... para poderlo realizar, facultad expresa de otorgar testamento y que fue realizado ante testigos, todo esto se deduce de la escritura pública”; **(ii) “AUTENTICIDAD DEL TESTAMENTO”**, a su juicio, éste “goza de la legitimidad que la ley determina ya que es la voluntad en

goce de sus facultades como lo hizo la señora **DADYLTHE**... ante testigos y ante Notario...”, el “acto jurídico... reviste todos los requisitos formales”; (iii) “**DECLARACIÓN FACULTATIVA PROPIA**”, pese a sus “problemas de salud”, la testadora “tenía una facultad propia para poder realizar cualquier acto jurídico, y esto lo demuestra cuando el Notario 62 del Círculo de Bogotá antes de iniciar la declaración que se pretende hacer realiza las preguntas de rigor...”, por tal razón considera “en este momento no se puede solicitar su nulidad por terceras personas que quieren pretender que se les de algo cuando nunca fueron nombrados como legatarios”; (iv) “**FALTA DE LEGITIMACIÓN**”, los hermanos de la testadora carecen de legitimación para cuestionar la voluntad de la causante, manifestada ante notario, y por virtud de la cual “no quiso donar o entregar [de] su pecunio, bienes a sus hermanos”; (v) “**INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN**”, la causante “en el goce de sus facultades suscribió un testamento con su voluntad y en la cual no se encuentran sus herederos y por ello ni estuvo ni estará obligada después de su muerte a suceder su pecunio, ya que este testamento se hizo en vida y con el goce de sus facultades mentales”, y (vi) “**TACHA DE AUTENTICIDAD**”, a su modo de ver “No puede tacharse un documento hecho por una autoridad competente como es el Notario 62... el cual está investido por las facultades dadas por el Estado, para que de fe pública de todos los actos y en la cual puede expedir la certificación respectiva por medio de documentos como son las escrituras públicas y que manifestaciones verbales y escritas sin ningún fundamento puedan tachar este documento expedido con toda la legalidad como si fuera algo nulo o carente de seriedad”.

- **MERCEDES SÁNCHEZ DE ARELLANO**, vinculada a través de curador ad litem, notificado personalmente el 7 de diciembre de 2010, propuso excepciones de mérito denominadas: “**DE LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD Y DE VALIDEZ DEL TESTAMENTO**” y “**PRESCRIPCIÓN**”; indicó frente a la primera, que el testamento “extendido por la testadora se encuentra amparado por la presunción de legalidad al crearse a través de una escritura pública ante notario público por lo que le corresponderá al acto[r] demostrar sus afirmaciones máxime cuando no hay manifestación de autoridad alguna que haya determinado que la firma y la huella impuestas en la escritura no corresponden a la entonces testadora”. Afianzó la segunda excepción “en el simple transcurso del tiempo que haya pasado entre la fecha de celebración del testamento y la fecha de reclamación de un derecho por parte de los actores hasta le (sic) fecha de

notificación del suscrito curador, como fecha de interrupción civil del fenómeno extintivo y que se haya materializado”.

- El 10 de septiembre de 2013, el Juzgado tuvo vinculada a la actuación como directa demandada a la señora **CONSTANZA ARELLANO SÁNCHEZ**, y también la reconoció sucesora procesal de **MERCEDES SÁNCHEZ DE ARELLANO**, fallecida el 14 de junio de 2011.

- El 10 de junio de 2019 se ordenó emplazar a los herederos indeterminados de la causante **DADYLTHE MARÍA JIMÉNEZ FANDIÑO**, y cumplida la publicación, se les designó curadora ad litem, quien, notificada personalmente el 9 de agosto de 2019, dijo en el escrito de contestación a la demanda, atenerse a lo probado en el proceso.

2. Entre los aspectos relevantes de la actuación, interesa señalar que el 16 de junio de 2008 y 26 de abril de 2010, se reconoció a los señores **PATRICIA MARLENE** y **MAURICIO HERNÁN JIMÉNEZ RAMÍREZ**, como sucesores procesales del demandante **MARTÍN DE JESÚS JIMÉNEZ FANDIÑO**, fallecido el 23 de marzo de 2004, en calidad de hijos (fol. 83), y el 5 de julio de 2013 se reconoció a la señora **LIGIA SOFÍA REBELLÓN DE JIMÉNEZ FANDIÑO** como sucesora procesal del demandante **PEDRO JOSÉ JIMÉNEZ FANDIÑO**, fallecido el 26 de diciembre de 2007, en calidad de cónyuge supérstite.

3. De esta manera, consideró el Juzgado en auto del 20 de noviembre de 2013, establecida en debida forma la relación jurídico-procesal, y dispuso a la par correr traslado de las excepciones de mérito propuestas, las cuales replicó en oportunidad el apoderado de los demandantes, quien aludió, en síntesis, a la inobservancia de las exigencias consagradas en los artículos 1072 y ss. del C.C., pues los testigos *“no estuvieron presentes al momento de otorgarse el testamento”*, el cual *“es falso por contener afirmaciones supuestas”*; la voluntad de la testadora *“no se plasmó... fue sugerida por el señor albacea testamentario”*; la demanda se presentó a tiempo, pasados 6 meses del deceso de la testadora y *“antes de cuatro años”*, la demandada **BERTHA** *“se notificó en el año 2010, antes de cumplirse los diez (10) años a que se refiere el apoderado”*, la prescripción *“debe ser alegada por los demandados y no por algunos de ellos porque los efectos se extienden para el presente asunto”*; si bien la

causante “tenía toda la libertad de disponer de sus bienes... este acto de disposición no se [l]levo (sic) a cabo con apego estricto a las formalidades establecidas en la ley, pues no se cumplieron las ritualidades contenidas en el artículo 1072 y SS del Código Civil y demás normas concordantes”; los demandantes tienen legitimación para demandar, “puesto que con el documento otorgado por la causante se le[s] desconoce[n] los derechos como herederos legítimos”; no puede confundirse “la legalidad del documento con la legalidad del acto mediante el cual se otorgó, aunque visto de otro modo si el acto mediante el cual se protocoliza un acto de voluntad es ilegal igual suerte corre el documento mediante el cual se solemniza dicho acto”.

4. Sentencia de primera instancia

Una vez se surtió el trámite pertinente con la audiencia prevista en el artículo 101 del CPC, el recaudo de las pruebas decretadas (interrogatorios de parte, testimonios, y dictamen pericial), y agotadas las demás etapas procesales, el **JUZGADO TREINTA DE FAMILIA DE BOGOTÁ** puso fin a la primera instancia con sentencia del 27 de febrero de 2020, declarando infundadas las excepciones de mérito propuestas, declaró la nulidad del testamento, ordenó oficiar a la Notaría 62 del Círculo de esta ciudad, condenó en costas a quienes plantearon excepciones de mérito, y ordenó expedir copias de la providencia a las partes. Tras una breve reseña de las solemnidades consagradas en la ley sustantiva para el otorgamiento del testamento abierto, la funcionaria consideró:

“En el presente asunto, se establece que se solicita la invalidez de ese testamento por los requisitos externos, es decir, las formalidades que debería revestir el mismo, conforme lo normado en el artículo 1055 del C.C. colombiano.

“(...)

“Descendiendo al caso en particular, se tiene que los hermanos de la testadora... demandan la nulidad del testamento... por no cumplir con las formalidades legales, dado que no se otorgó ante el número de personas exigidas por la ley, firmando los testigos en la notaría y no en la residencia de la causante, y por no corresponder además la firma de la testadora con la que usualmente manejaba en todos sus actos.

“Verificada la actuación, tiene el despacho que de los medios probatorios arrimados al proceso se infiere que el testamento contenido en la referida escritura pública suscrita ante la Notaría 62 del Círculo de esta ciudad, no cumple con las exigencias previstas en la ley para [el] testamento solemne abierto, dado que si bien es cierto se hace por escrito y firma por los tres testigos y notario y por la testadora, no cumple con la formalidad contenida en el artículo 1074 del C.C., esto es, que la testadora hubiese hecho saber de sus disposiciones a los testigos, siendo presenciado el acto en todas sus partes

por ésta, los testigos y el notario, pues en las declaraciones obrantes en el proceso los testigos testamentarios Ricardo... y Jorge... dan cuenta que la lectura del testamento efectuado por el notario a la causante, no se hace en su presencia e inclusive la firma, puesto que se quedaron en la planta baja de la casa, más específicamente en el antejardín, sin escuchar, ni ver lo que aconteció en el cuarto de la causante, así como tampoco les consta si la causante firmó el testamento, pues se repite no se encontraban en la habitación de la causante, quedándose en la planta baja e incluso manifestaron no conocer a la señora Dadylythe, y tampoco recordar acerca de las disposiciones de su última voluntad, para ratificar que no estuvieron presentes en la lectura del testamento.

“Y no solo los anteriores testigos dieron cuenta de esta circunstancia, es el mismo demandado Augusto... quien ratifica que los testigos no estaban presentes en el cuarto y tampoco el auxiliar llevado por el notario, dando como explicación de tal situación que [en] la habitación de la causante no podían estar muchas personas, que la señora Doris se había quedado en la puerta, pese a que esta última en su interrogatorio manifestó que no estuvo presente el día en que se hizo el acto notarial y que la habitación de su entonces cuñada era la más grande de la casa, contando además con un mobiliario de igual tamaño.

“Aunado a lo anterior, en declaraciones absueltas ante el despacho, los testigos Ricardo... y Jorge... refieren que la firma de la escritura impuesta por ellos se hace en la notaría, lo que confirma en declaración la testigo Sandra Janeth Munevar quien se desempeñaba como abogada asesora de la notaría referida y da cuenta de los hechos referidos respecto del acto en sí mismo, situación que contraría el artículo 1075 del C.C., pues el acto testamentario termina con la firma del testador, los testigos y el notario, y no como aconteció, donde opera la firma de los testigos en momento y lugar diferente a la firma de la testadora.

“Queda establecido que el acto testamentario no cumplió con los requisitos sustanciales y que para el testamento abierto no son requisitos que puedan pasarse por alto o en los que se pueda ser flexible, pues, en efecto, toda anormalidad en su trámite no puede afectar su validez, sin embargo, en el presente asunto se trata de un elemento esencial del mismo acto, elementos sin los cuales no puede nacer a la vida jurídica, pues el mismo legislador es quien ha dispuesto de unas precisas formas.

“No supe estas formalidades el hecho de que los testigos hayan leído el documento antes de ir a la notaria, ni la sola presencia de los testigos bastaba para cumplir con esta formalidad, pues lo cierto es que no estuvieron presentes en la lectura del testamento, cuando se presentó en una sección de la casa donde nunca tuvieron acceso los testigos”.

Para dar soporte jurisprudencial a la decisión, la Juez a quo citó apartes de la sentencia SC4366 del 10 de octubre de 2018, ponencia de la Ex Magistrada de la H. Corte Suprema de Justicia, doctora **MARGARITA CABELLO BLANCO**, y finalmente, con respecto al dictamen pericial, consideró que lo allí concluido en el sentido de no corresponder la firma de **DADYLTHE MARÍA JIMÉNEZ FANDIÑO** obrante en el testamento, a la consignada en los documentos indubitados, no podía tenerse en cuenta, por faltar la experticia a las exigencias consagradas en el artículo 226 del CGP, porque la perito: (i) no acreditó su idoneidad y experiencia, (ii) realizó el cotejo de firmas sin el suficiente material indubitado, y (iii) incurrió en ambigüedades al sustentar su labor en la audiencia de contradicción adelantada el 20 de febrero de 2020.

5. El recurso de apelación

Contra la sentencia cuyos apartes centrales acaban de exponerse, apelaron **BERTHA DORIS PATIÑO ARANA, MARTÍN DE JESÚS JIMÉNEZ PATIÑO** y **AUGUSTO FRANCISCO SÁNCHEZ CAMARO**. El primero planteó varios reparos compendiados en el siguiente orden lógico:

i) La demanda presentada en vigencia del Código de Procedimiento Civil en el año 2000, fue notificada a los demandados “*dos años después*”, por fuera del término legal.

ii) El testamento cumple los requisitos legales establecidos en el Código Civil, se otorgó en un solo acto iniciado en la Notaría, y por el “*estado de salud*” de la testadora, “*se traslado (sic)*” a su casa, donde aquella “*manifiesta su voluntad*” ante Notario, “*quien dio fe del cumplimiento de los requisitos formales como es la voluntad de la testadora... sobre las disposiciones de sus bienes... fue leído en debida forma ante ella... ante los testigos quienes manifestaron estar de acuerdo y para ello ante la misma autoridad competente cerraron el acto con la firma de la testadora y de los testigos, como se demuestra en la escritura correspondiente, dando cumplimiento a los requisitos y formalidades de ley*”, no se hizo “*en varios momentos o días*”, como lo indica la sentencia; además, se trata de “*un acto solemne, en donde la persona dispone de todo o una parte de sus bienes para que tengan (sic) pleno efecto después de su fallecimiento, conservando la facultad de lo que en vida dispuso en el testamento*”.

iii) La sentencia no tuvo en cuenta las solemnidades específicas del testamento, a saber: manifestación de la voluntad del testador, actuación del notario, los testigos, las firmas, el lugar y la fecha, estos últimos “*de vital importancia*”, por ser “*un documento o instrumento público*”, a fin de establecer la capacidad de la testadora para otorgar el testamento, la competencia del Notario y la capacidad de los testigos.

iv) Pese a que el Juzgado “*...manifestó que la prueba grafológica ordenada por el mismo no cumplió con el ordenamiento jurídico para realizarla, debió valorar la firma realizada en la escritura pública... realizada ante el (sic) notaria... quien da fe pública de dicho acto con el que el testamento se realizó*”

v) “[S]i la juez tenía dudas sobre las pruebas recaudadas, debió ordenar la declaración del notario, quien realizó la diligencia respectiva y... dio fe del testamento que acá nos ocupa, teniendo en cuenta con su investidura que el estado le otorga, los requisitos para el otorgamiento del testamento, según la ley”, también “debió ordenar las declaraciones de los testigos que figuran dentro de la escritura pública... quienes tiene[n] la plena capacidad para servir de testigos y que son personas que gozan de gran credibilidad al ser funcionarios públicos, en el caso que nos ocupa más precisamente son magistrados de las altas cortes”.

MARTÍN DE JESÚS JIMÉNEZ PATIÑO, a través de su apoderada judicial, se remitió en la audiencia a los mismos reparos planteados por el anterior recurrente, sin hacer uso de la oportunidad consagrada en el inciso 2 del numeral 3 del artículo 322 del CGP.

De su lado, el demandado **AUGUSTO FRANCISCO SÁNCHEZ CAMARO** acusa en la sentencia:

i) “Violación directa de la ley sustancial aplicable al caso concreto. Artículos 1070 — 1072 — 1074 — 1075 del Código Civil, e inciso 2° del artículo 1083, modificado por el artículo 95 de 1890 (sic). Por interpretación errónea”.

ii) “Violación indirecta de la ley sustancial probatoria, toda vez que con la prueba obrante al proceso, tanto testimonial y documental, como la indiciaria, mediante falsos juicios probatorios de identidad, se desconoció que efectivamente el señor Notario 62 de Bogotá... quien dio fe pública del otorgamiento del Testamento Abierto, otorgado por la testante, ante tres (3) testigos instrumentales, en su presencia, y quien dio fe de que la testadora, gozaba de la plenitud de sus facultades mentales, dicho otorgamiento fue elevado en el acto a Escritura Pública No. 355 del 15 de marzo de 2000, en una sola audiencia de diligencia Notarial, sin intervalos de ninguna naturaleza, excepto la distancia que hubo de la Notaría 62 a la residencia de la otorgante, donde se llevó a cabo dicho otorgamiento, todo de lo cual se dio fe en el instrumento público que avaló y suscribió el Notario, el cual obra al proceso, y el que no fue redargüido de falso, o por lo menos no fue probada su falsedad, ni su tacha. Error de hecho el cual condujo, a que la Juez a quo, diera por ciertas, las suposiciones que fueron planteadas por el demandante en los hechos octavo, noveno, décimo, undécimo, y duodécimo de la demanda, que son falsos”.

iii) La sentencia no tuvo en cuenta, pese a estar demostrado, que la testadora *“realizó todas las diligencias para el otorgamiento de su testamento, mucho tiempo antes de morir, ante la Notaría 62”*, cercana a su residencia, y ante la cual *“radicó la minuta que contenía su voluntad”*, pagando *“los servicios notariales domiciliarios, por estar imposibilitada para caminar, el día en que se señalara fecha para la diligencia”*, también *“presentó el certificado médico sobre su capacidad mental, fue el mismo Notario quien acudió al lugar de residencia de la Testante, quien le leyó la minuta y comprobó directamente y en su presencia, y de los testigos, que las disposiciones testamentarias que allí se contenían era su voluntad, y de lo cual dio fe pública al suscribir la correspondiente Escritura Pública, conjuntamente con los testigos, quienes estaban también presentes en el lugar de residencia de la testadora, y quienes conocían las disposiciones testamentarias desde que fueron convocados a la Notaría en día y hora, para la diligencia del acto notarial, la cual se llevó a cabo como se ha dicho, en un solo acto notarial, que se inició en el Despacho de la Notaria 62, a la hora citada, luego, todos los intervinientes se trasladaron al lugar de residencia de la testadora, y allí el Notario leyó el testamento que se había radicado en su Notaría, oyó a la testadora quien le respondió con lucidez mental lo pertinente y suscribió el testamento elevado a escritura Pública, como obra al proceso, con las firmas rúbricas de los tres testigos instrumentales, que regresaron conjuntamente a la Notaria, donde se dio por finalizada la diligencia, como lo afirma la asesora Jurídica de la Notaria que igualmente declaró en el proceso”*.

iv) El testamento *“se otorgó de manera escrita y abierta, siempre fue público, todos lo conocían, su familiares, sus asistentes, fue radicada la minuta en la Notaria y conocida por los testigos, ex ante y post a la firma de la testadora, por lo que se considera que si por el rigor de los formalismos, se hubiere pretermitido de buena fe alguna de las prescripciones del artículo 1073, o del inciso 4 de artículo 1080, no por ello debieron ser despachadas de manera desfavorable las excepciones propuestas por el suscrito, por cuanto a las voces del inciso 2° del artículo 1083 del C. C., no podía ser declarado nulo el testamento, si nos atenemos al tenor literal de la norma, y no se le hacen agregados en la interpretación extensiva, que hace la señora Juez a-quo, pues se violaría igualmente a la ley. (Leyes 57 y 157 de 1887, en cuanto hace relación a la forma como debe interpretarse la ley)”*.

v) La testadora “*obró de buena fe, y de los demás intervinientes, quienes en ningún momento tuvieron el más mínimo interés de que la voluntad de la testadora fuera alterada*”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En presencia de los presupuestos procesales necesarios para emitir un pronunciamiento de fondo, a ello procede la Sala descartadas causales de nulidad o defectos trascendentes para la efectiva garantía del derecho de contradicción de las partes.

2. Recurren en apelación los legatarios **BERTHA DORIS PATIÑO ARANA, MARTÍN DE JESÚS JIMÉNEZ PATIÑO** y **AUGUSTO FRANCISCO SÁNCHEZ CAMARO**, este último constituido además albacea testamentario sin tenencia de bienes, legitimados como están por los efectos adversos de la sentencia de primera instancia cuya revocatoria pretenden, insistiendo al unísono en la validez del testamento abierto dejado por quien en vida fue **DADYLTHE MARÍA JIMÉNEZ FANDIÑO**, pues, a su modo de ver, el acto testamentario se otorgó con todas las exigencias legales formales, en un solo acto solemne, celebrado ante notario público y tres testigos, a quienes, dicho funcionario dio a conocer la voluntad de la testadora, plenamente capacitada ella para disponer de sus bienes, condición constatada por el Notario de manera previa mediante entrevista realizada a la señora **JIMÉNEZ FANDIÑO** y documentada con certificados médicos expedidos por su médico neurólogo tratante, anexos a la escritura pública y, finalizado con la firma de todos, en la fecha y lugar indicados en el instrumento público. Adicionalmente, la recurrente **BERTHA DORIS PATIÑO ARANA** alega prescripción de la acción, por resultar inoportuna la notificación a “*los demandados*”.

2.1 El Tribunal analizará en primer lugar, lo concerniente a la prescripción de la acción alegada por esta última demandada, pues de prosperar tal exceptiva se abriría paso la revocatoria de la sentencia, y no sería menester adentrarse al examen de los demás reparos planteados, debido a que el litisconsorcio por

pasiva en estos casos es necesario⁴, y “los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás” (Art. 51 del CPC, hoy 61 del CGP.), sin perjuicio de los allanamientos presentados. De haber lugar a ello se ocupará la Sala, en segundo lugar, de los reclamos estructurados en pro de la validez del testamento abierto contenido en Escritura Pública No. 00355 del 15 de marzo de 2000 de la Notaría Sesenta y Dos del Círculo de esta ciudad.

2.2 De la prescripción de la acción:

Para resolver tal cuestionamiento, ha de tenerse en cuenta que la declaratoria de nulidad del testamento pretendida, se edifica sobre la presunta “*omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan*”, hipótesis de nulidad absoluta consagrada en el artículo 1741 del C.C., bajo cuyo imperio, la prescripción extintiva de la acción se rige por el plazo extraordinario, establecido en veinte años en el artículo 1° de la Ley 50 de 1936⁵, y a partir de la reforma de la Ley 791 de 2002, reducido a diez años, a elección del prescribiente de acuerdo con lo autorizado en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, regulación del tránsito legislativo que entrega al prescribiente la posibilidad de escoger el plazo según sea de su interés o voluntad, al señalar: “*la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente*” (Se subraya).

En ese sentido, la jurisprudencia al estudiar la aplicación de la normatividad transcrita en un caso de parecidos contornos, consideró: “*Finalmente, una de las demandadas propuso, tímida y parcamente, la excepción de prescripción, “por*

⁴“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)” (Sentencia SC5635-2018; 14/12/2018, M.P. **MARGARITA CABELLO BLANCO**).

⁵ **Artículo 1°**. Redúcele a veinte años el término de todas las prescripciones treintenarias, establecidas en el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva, la de petición de herencia, la de saneamiento de nulidades absolutas, la extintiva de censos, etc.

*tratarse de una nulidad relativa”, sin reparar empero, en que por mandato del artículo 1741 del Código Civil, la nulidad producida por la “ ... omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan, **son nulidades absolutas**” motivo por el cual, conforme lo dispone el artículo 1° de la ley 50 de 1936, la acción pertinente prescribe en el término de 20 años, los cuales, por supuesto no corrieron en el asunto de esta especie, máxime si se advierte que el testador falleció el 2 de febrero de 1991 y la demanda se presentó el 17 de enero de 1992” (CSJ, Sala de Casación Civil, Ref. 6077, M.P. **JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES**).*

En este caso, no indicó la señora **BERTHA DORIS PATIÑO ARANA** a cuál de los plazos prescriptivos se acogía, si al veintenario previsto en el artículo 1° de la ley 50 de 1936, o al de diez años, contemplado en la ley 791 de 2002, pese a que, para la fecha de su notificación, ocurrida el 11 de mayo de 2010, estaba vigente la modificación normativa, lo cierto empero es que la excepción no prospera aun si se contabilizaran ambos términos: el de veinte años, porque entre la delación de la herencia, ocurrida el 17 de agosto de 2000 con el deceso de la señora **DADYLTHE MARÍA JIMÉNEZ FANDIÑO**, y el 11 de mayo de 2010, cuando la recurrente se notificó por aviso del auto admisorio la demanda, transcurrieron nueve años más nueve meses, ahora que si en un conteo más benigno se tomara como punto de partida la fecha de la Escritura Pública otorgada el 15 de marzo de 2000, solo habrían pasado diez años más casi dos meses; tampoco se cumplen los diez años, previstos en la Ley 791, pues contados desde el 27 de diciembre de 2002, cuando inició su vigencia, a la fecha de notificación de la recurrente ya indicada (11 de mayo de 2010), pasaron menos de 8 años.

Por lo mismo, resulta intrascendente que la notificación del auto admisorio de la demanda a la señora **BERTHA DORIS PATIÑO ARANA**, el 11 de mayo de 2010, se hubiera efectuado más allá de los 120 días siguientes a la notificación del auto admisorio a los promotores del proceso, conforme a la reforma del artículo 90 del CPC, dispuesta por el artículo 41 del Decreto 2282 de 1989, a la sazón vigente⁶, pues la premura de lograr dicho enteramiento en el citado plazo, ocurre

⁶ Sobre la aplicación de la normativa consultar CSJ, SALA DE CASACIÓN CIVIL, M.P. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, trece (13) de mayo de dos mil ocho (2008). Ref: Exp. N° 1100131030012001-00927-01

cuando la demanda se presenta rayana al advenimiento del término prescriptivo, el cual como viene de verse no había fenecido en este asunto para cuando la demandada concurrió a la actuación; de ahí que como lo explica el profesor Hernán Fabio López Blanco⁷ *“...el problema de la urgencia en obtener la notificación dentro del plazo previsto únicamente se da cuando se deja para última hora la presentación de la demanda, pues si lo anterior se efectúa con la suficiente antelación, viene a ser indiferente que se interrumpa en la fecha de la presentación o en la de la notificación de la demanda al demandado, por cuanto en los dos eventos usualmente aún no ha corrido todo el lapso de prescripción...”* ,

Ahora, aunque la inconforme se refiere en el recurso de apelación a la inoportuna notificación de “los demandados”, no es posible adentrarse a examinar si el fenómeno prescriptivo operó frente a los demás convocados, como al parecer lo pretende, pues solo ella y la señora **MERCEDES SÁNCHEZ DE ARELLANO**, representada ahora por su sucesora procesal **CONSTANZA ARELLANO SÁNCHEZ**, plantearon en su defensa dicho medio exceptivo, amén de que la sucesora procesal mencionada no apeló la sentencia, quedando limitada la competencia del Tribunal a resolver, únicamente, los argumentos de los apelantes, muy a pesar de que el grupo de demandados pudieran conformar litis consorcio necesario.

No esta demás considerar que la Corte, frente al defecto que aquí se analiza, ha llegado a considerar que tras el fallecimiento del testador no admite ningún tipo de saneamiento o ratificación, al señalar que si bien a quienes les asista un interés legítimo están autorizados para demandar la nulidad de un testamento, no tienen *“la facultad de confirmarlo, convalidarlo o ratificarlo, si el mismo adolece de nulidad por el incumplimiento de esa formalidad ad solemnitatem, ante la imposibilidad jurídica y material de sustituir la única voluntad que es admitida para su existencia, cual es la del testador, al tocar esto con su propia esencia, habida cuenta que, por el carácter revocable del mismo, en cualquier tiempo puede quedar desprovisto de toda eficacia, mediante el solo querer de éste -abstracción de ciertas excepciones, como el caso de reconocimiento de hijo natural, el cual no puede anularse a pesar de la revocatoria realizada”*, sin perjuicio de que los titulares de los derechos herenciales en ejercicio de la autonomía de la voluntad, y *“más allá de la validez o no de la memoria testamentaria”*, decidan *“acogerse a*

⁷LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio “CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO”, Parte General, Dupré Editores, página 566.

lo estipulado en ella o celebrar acuerdos que mermen o mejoren aquellos”, lo que no implica en todo caso la “eventual transacción sobre la validez del testamento”, tal como lo señaló en la sentencia SC418 del 1 de marzo de 2018, M.P.

MARGARITA CABELLO BLANCO.

2.3 De la nulidad del testamento abierto:

De modo general, según lo prescrito en el artículo 1055 del Código Civil el testamento se define como “*un acto más o menos solemne, en que una persona dispone de todo o de 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*”. En lo sustancial, el testamento es una declaración de voluntad cuyo objeto es la disposición de los bienes para que produzca efectos después de la muerte del testador, frente a un destinatario determinado o determinable. Como toda manifestación de voluntad, debe cumplir unos requisitos generales de validez en cuanto a capacidad y consentimiento libre de vicios, y unos requisitos formales denominados *ad substantiam actus*, sin los cuales el acto no tendrá valor alguno.

El testamento abierto, denominado también nuncupativo o público, respecto del cual se suscita la presente controversia, es aquel “*en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos, y al notario cuando concurren*” (Art. 1064 del C.C.); además de los requisitos generales de validez asociados a la capacidad y consentimiento ya mencionados (Art. 1502 del C.C.), debe cumplir ciertas formalidades compendiadas en el ordenamiento sustancial, sin las cuales su validez queda en entredicho y puede estar afectada por un vicio de nulidad. Esas exigencias formales son: **(i)** debe ser “*presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo notario, si lo hubiere, y por unos mismos testigos*” (Art. 1072 ejúsdem); **(ii)** requiere ser “*leído en voz alta por el Notario si lo hubiere, o, a falta de notario, por uno de los testigos designados por el testador a este efecto*” y “*mientras se lee estará el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesaria oirán todo el tenor de sus disposiciones*” (Art. 1074 ibídem); **(iii)** el acto finaliza “*por las firmas del testador y testigos, y por la del Notario*” (Art. 1075 ejúsdem), y **(iv)** cuando se otorga ante Notario, debe elevarse a escritura pública (Art. 13 del Decreto 960 de 1970), todo lo cual supone que el otorgamiento del testamento deba hacerse en un acto único y continuo.

El rigor con que el legislador revistió la manifestación de voluntad del testador, obedece, en palabras de la H. Corte Suprema de Justicia, a la necesidad de “*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, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de mayo de 1997. Exp. No. 4856); así lo prevé el artículo 1083 del C.C., al indicar “*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*”, y de modo general el artículo 1740 ejúsdem, al señalar “*la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, **son nulidades absolutas***” (Se subraya).

La sentencia impugnada en su juicio de valor, reprochado con el recurso de apelación, accedió a declarar la nulidad del testamento, tras echar de menos el cumplimiento de las formalidades consagradas en los artículos 1074 y 1075 del C.C., al no hallar demostrado que la testadora “*hubiese hecho saber de sus disposiciones a los testigos, siendo presenciado el acto en todas sus partes por ésta, los testigos y el notario*”, y por cuanto el acto testamentario fue firmado por los testigos, “*en momento y lugar diferente a la firma de la testadora*”.

Pues bien, centrado el Tribunal en el examen de tales formalidades, cuya ausencia constituye el fundamento de la sentencia cuestionada, son relevantes las declaraciones de los señores **RICARDO RENDÓN PUERTA** y **JORGE DARIO GONZÁLEZ** rendidas el 25 de marzo de 2014, quienes, junto con la señora **ZORETH MESA CENDALES**, aparecen firmando el testamento abierto solemnizado en la Escritura Pública No. 00355 del 15 de marzo de 2000 de la Notaría Sesenta y Dos del Círculo de esta ciudad, en calidad de testigos instrumentales del acto.

En su declaración el señor **RICARDO RENDÓN PUERTA** dijo que no conoció a la señora **DADYLTHE MARÍA JIMÉNEZ FANDIÑO**, y con respecto al acto solemne, agregó, “*simplemente fui testigo de un testamento que ella dejó por intermedio del Dr. AUGUSTO SÁNCHEZ CAMARO, quien me pidió el favor de asistir debido a que*

éramos compañeros en la Defensoría del Pueblo... todo se hizo por intermedio de EL (sic)”, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo dicho acto, dijo “yo estuve en su oficina junto con unos señores más que no recuerdo cómo se llaman, fuimos a la notaría, en la notaria se leyó el testamento del que no me acuerdo absolutamente nada... tengo un recuerdo de haber ido a la casa de la señora porque quedaba cerca a la notaría... allí habían más señores, me quedé junto con otro señor que tampoco me acuerdo quién es en la puerta de la casa mientras se hacía la diligencia con el notario y otras personas, acabada la diligencia ahí regresamos a la notaría para terminar el aspecto formal y no fue más”, a la testadora recuerda haberla visto “desde donde estaba” en una habitación, pero “no sabría decir si estaba enferma porque no la traté, no pude detectar nada particular eso sí que estaba como calmada”; en cuanto a la lectura del testamento, manifestó “yo me imagino que sí, que el notario leyó el testamento, no me acuerdo bien, pero me imagino que sí lo leyó”, preguntado frente a si el Notario u otra persona leyeron el testamento en presencia de la señora **DADYLTHE** en su lugar de residencia, respondió “Como no entré a la habitación no puedo dar fe de eso, pero ellos se demoraron supongo que EL (sic) estaría allí para eso; como yo estaba en la entrada no estoy muy seguro si estaba en la puerta de la habitación de ella o de la puerta de la casa, yo pensaría que era la puerta de la casa, pero en todo caso yo no escuché la lectura del testamento, hasta donde entiendo quizá la señora estaba muy enferma y supongo que por eso no entramos pero es una hipótesis”, no tuvo conocimiento del certificado médico anexo al testamento, tampoco presenció cuando la señora **DADYLTHE** suscribió el testamento, no sabe qué persona lo digitó, no recuerda la notaría, ni tiene presente si el notario le comunicó la razón por la cual había sido citado, el acto se llevó a cabo “en determinadas horas de un día... pero no me acuerdo cuántas horas pasaron y exactamente dónde se firmó, pensaría que fue en la notaría”, no sabe quiénes son **BERTHA DORIS PATIÑO ARANA, ANA FORERO CEPEDA, MARTÍN DE JESÚS JIMÉNEZ FANDIÑO** y **ZORETH MESA CENDALES**. Finalmente, reconoció su firma y huella en el testamento.

El señor **JORGE DARIO GONZÁLEZ** al igual que el anterior testigo, no conoció a la señora **DADYLTHE MARÍA JIMÉNEZ FANDIÑO**, sabía que era doctora y tenía “problemas en las piernas”, fue el doctor **AUGUSTO SÁNCHEZ CAMARO** quien le solicitó servir de testigo ante la Notaría Sesenta y Dos ubicada en el barrio Galerías de esta ciudad, allí estuvieron junto con el otro testigo a quien identificó como el “Dr. RICARDO”, “hicieron el testamento, lo leímos o lo leyeron después nos

*dieron unas hojas para que leyéramos”, posteriormente se trasladaron a la casa de la “señora que iba a testar”, quedaba “por ahí cerquita”, era “grande de esas de Galerías” y “nos dejaron en el ante jardín... nosotros no entramos, el Doctor RICARDO y una señora que estaba de testigo de ella y yo no entramos”, no sabe el motivo por el cual les impidieron ingresar, “solo entraron a la casa el notario, el Dr. SÁNCHEZ y no recuerdo el nombre de las otras personas que ingresaron”, no recuerda quien les abrió la puerta “no me di cuenta exactamente porque nos quedamos hablando ahí abajo con el Dr. RICARDO”, y agregó “yo realmente no vi a la señora que testaba, no supe que pasó en la habitación o [d]entro de la casa donde estaba la señora que testaba, no se quien estaba con la señora”, pasadas “tres o cuatro horas” regresaron a la notaría “y allí lo firmé”, posteriormente dijo “cuando fui a la notaría por primera vez el testamento ya estaba firmado porque lo leyeron ahí mismo”, no sabe qué persona digitó el documento, recuerda que la otra testigo se llamaba “ZORETH... trabajaba en el COLOMBO AMERICANO”, no tuvo conocimiento del certificado médico de la señora **DADYLTHE** adjuntado al testamento, no conoce al señor **MARTÍN DE JESÚS JIMÉNEZ FANDIÑO**. Igualmente, reconoció su firma y huella en el testamento.*

La señora **ZORETH MESA CENDALES**, no compareció a la audiencia del 9 de mayo de 2014, programada con el fin de recaudar su testimonio, y tampoco justificó su inasistencia.

En contexto lo narrado por los declarantes, individual y conjuntamente considerado, constituye prueba fehaciente de que el testamento abierto consignado en la Escritura Pública No. 00355 del 15 de marzo de 2000 de la Notaría Sesenta y Dos del Círculo de esta ciudad, se otorgó sin las formalidades consagradas en el artículo 1074 del C.C., pues son los propios testigos instrumentales quienes corroboran que la señora **DADYLTHE MARÍA JIMÉNEZ FANDIÑO** no los hizo sabedores de sus disposiciones testamentarias como exige la normatividad citada en líneas precedentes, si bien, aseguran que estuvieron presentes en el lugar de residencia de la testadora el día y hora en que se llevó a cabo el acto dispositivo, no ingresaron a la habitación donde aquella se encontraba con el notario para, en presencia suya, escuchar de viva voz del funcionario el tenor del testamento, el que debido a las dificultades en la movilidad de la hoy causante no pudo extenderse en la notaría; tan es así, que el señor **RICARDO RENDÓN PUERTA** fue claro al decir que como no entró a la casa, no podía dar cuenta de si el notario u otra persona lo habían leído delante

de la señora **DADYLTHE**, al punto de afirmar “yo no escuché la lectura del testamento”, y el señor **JORGE DARIO GONZÁLEZ** refirió “yo realmente no vi a la señora que testaba, no supe que pasó en la habitación o [d]entro de la casa donde estaba la señora que testaba, no se quien estaba con la señora”, porque según su dicho ni él, ni los otros dos testigos instrumentales, entre ellos la señora **ZORETH MESA CENDALES**, ingresaron a la casa, sino que se quedaron en el antejardín del inmueble.

Son coincidentes las versiones de los testigos al señalar la forma como arribaron a la casa de la testadora acompañados del notario y del doctor **AUGUSTO FRANCISCO SÁNCHEZ CAMARO**, pero sólo estos últimos ingresaron al inmueble donde se encontraba la señora **DADYLTHE**, es, decir, no escucharon, ni podían dar razón de su lectura y menos del contenido de sus disposiciones, lo que resulta insuficiente para cumplir las formalidades testamentarias, pues, no bastaba la sola presencia del funcionario público para que el testamento abierto se considerara extendido con las formalidades necesarias para su validez, la ley además exige, la concurrencia de los testigos con el fin de enterarlos a la vista de la testadora de sus declaraciones testamentarias, mediante la lectura pública del testamento por parte del notario, para, de ese modo, enterarse y dar cuenta de que lo consignado en el documento realmente correspondía a las manifestaciones de voluntad de la testadora, principal propósito al cual apunta la formalidad cuestionada en este caso, tal cual lo destacó la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 20 de mayo de 1997 ya citada, al señalar: “Concretamente, la necesidad de que el testamento sea leído estando el testador a la vista de los testigos, está encaminada a que estos puedan establecer fehacientemente que las disposiciones que están escuchando corresponden realmente a la voluntad del testador, quien con su presencia en el acto, así lo corrobora. De modo, pues, que el cabal cumplimiento de la anotada exigencia les permitiría concluir, sin hesitación alguna, que el documento que se les está leyendo en verdad contiene los designios del otorgante para después de sus días” (Se subraya).

La presencia de los testigos instrumentales en el acto de otorgamiento del testamento es forzosa, a diferencia del notario cuya intervención es opcional o facultativa según la voluntad del testador, tal como se desprende de la redacción del artículo 1074 del C.C., al señalar que el testamento debe ser “leído en voz alta por el Notario si lo hubiere, o, a falta de notario, por uno de los testigos designados por el testador a este efecto”. En ese sentido, la H. Corte Suprema de

Justicia ha advertido que la jurisprudencia viene propendiendo por aminorar la severidad de los antiguos principios atinentes a los requisitos legales del testamento, para entronizar conceptos más amplios que conduzcan a evitar la ineficacia y el desconocimiento de las disposiciones testamentarias, buscando mantener la voluntad postrera del testador, pero tal entendimiento, según la propia Corte:

*“no puede significar que la participación continua de los testigos instrumentales carezca de importancia, teniendo en cuenta que conforme a lo previsto en los artículos 1070, inciso 1º que dice, ‘El testamento solemne y abierto **debe** otorgarse ante el respectivo Notario o su suplente y tres testigos’, el 1072 del Código Civil, que enuncia: ‘**Lo que constituye esencialmente el testamento abierto, es el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al Notario, si lo hubiere, y a los testigos**’ y el 1074 ibídem cuando impone que, ‘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**, es indudable que el ordenamiento impone como esencia del testamento solemne abierto la presencia permanente de los testigos durante todo el acto testamentario”.*

Por tanto:

*“la exigencia de la presencia de los testigos instrumentales en el acto de otorgamiento del testamento ‘en todas sus partes, es decir, in integrum, hasta cuando termine, constituye una solemnidad que el artículo 11 de la Ley 95 de 1890, no permite que se omita, dado que su presencia es fundamental, a fin de que escuchen las disposiciones del testador y puedan dar fe de ellas en el futuro, en caso de controversia sobre su contenido y alcance o acerca de las formalidades en su celebración (CSJ, sentencia 13 de oct. de 2006, ref: expediente 41001-3110-001-2000-00512-01)” (CSJ, sentencia SC4751 del 31 de octubre de 2018, M.P. **MARGARITA CABELLO BLANCO**) (Solo subraya extratextual).*

Con esa misma orientación, dijo la Corporación en sentencia SC4256 del 9 de noviembre de 2020, M.P. **AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO**, lo siguiente:

“Dicha hermenéutica del juzgador de última instancia, en adición, refleja la posición jurisprudencial decantada por la Corte acerca de 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 oct. 2006)”.

Lo dicho hasta este punto, deja claro que la testadora no se encontraba a la vista de los testigos instrumentales durante el otorgamiento del testamento, restando asidero a las afirmaciones de los recurrentes, quienes, sin razón en sus reparos, insisten en señalar que el testamento abierto fue “*otorgado por la testante, ante tres (3) testigos instrumentales, en su presencia*”, como así lo adujo el señor **AUGUSTO FRANCISCO SÁNCHEZ CAMARO**, en contraposición incluso de lo manifestado por él en interrogatorio de parte absuelto el 27 de marzo de 2014, cuando de manera espontánea recordó que una vez llegaron a la casa de la testadora “*el notario fue invitado a seguir, lo acompañé siempre, subimos con EL (sic) a donde estaba la doctora DADYLTHE en su aposento, en su alcoba, estaba DORIS PATIÑO, no cabía tanta gente en la alcoba por eso los testigos no se les permitió tener acceso, el señor notario pidió que EL (sic) haría el interrogatorio de rigor a la doctora DADYLTHE a quien se le dispuso su correspondiente silla, quedándonos nosotros en la puerta con DORIS PATIÑO y los testigos en la parte baja de la casa con acceso a la sala de recibo y al antejardín*”, y “*el testamento fue leído por el señor notario a la testadora y quienes estábamos cerca podíamos escuchar, los testigos estaban en la parte de abajo porque no cabían en la alcoba, no sé si ellos escucharon...*” (Se subraya).

También la recurrente **BERTHA DORIS PATIÑO ARANA** aseguró que el testamento “*fue leído en debida forma ante ella [testadora]... ante los testigos quienes manifestaron estar de acuerdo y para ello ante la misma autoridad competente cerraron el acto con la firma de la testadora y de los testigos*”, sin embargo, los mismos testigos instrumentales corroboraron no haber hecho presencia en la habitación de la testadora, donde se llevó a cabo el acto testamentario; además, resulta ilógica, la afirmación de la recurrente si es que, como lo aseveró y reiteró en su interrogatorio de parte, no estuvo presente en la casa de su cuñada (testadora) el día en que se llevó a cabo el otorgamiento del testamento, lo cual de paso deja sin soporte lo afirmado por el demandado **AUGUSTO FRANCISCO SÁNCHEZ CAMARO**, frente a la presencia de esta demandada ese día.

Lo anterior, también demuestra la divergencia de la información consignada en la escritura pública contentiva del testamento, en relación con lo acaecido el día en que el mismo se otorgó, pues el citado instrumento indica “*En la Ciudad de*

Santafé de Bogotá, Distrito Capital, Departamento de Cundinamarca, República de Colombia, a los QUINCE (15) días del mes de MARZO del dos mil (2000) ante el despacho de la Notaría Sesenta y dos (62) del Círculo de Santafé de Bogotá, a cargo de JORGE LUIS BUELVAS HOYOS, ZORETH MESA CENDALES..., RICARDO RENDÓN PUERTA..., y JORGE GONZÁLEZ... se presentó la señorita DADYLTHE MARÍA JIMÉNEZ FANDIÑO... a extender abiertamente en el presente escrito mi última voluntad o testamento...”, sin embargo, las disposiciones de la testadora no se dieron a conocer en presencia de los testigos instrumentales, ni siquiera de la señora **ZORETH MESA CENDALES**, porque según el dicho del señor **JORGE DARIO GONZÁLEZ**, ésta tampoco entró a la casa, sino se quedó con él y con el otro testigo en el antejardín.

El instrumento público contentivo del testamento goza en principio de presunción de autenticidad, al estar cobijado con la fe pública que le otorga el notario, a quien el Estado delega la función de dar plena autenticidad a las declaraciones emitidas en su presencia y a lo expresado por éste respecto de los hechos percibidos en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece (Art. 1° del Decreto 2148 de 1983), pero ello no exonera el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en la ley, los que como se ha visto, no se observaron cabalmente, como ha quedado demostrado en este caso, contrariando la presunción legal, a partir de lo manifestado por los testigos instrumentales escuchados, quienes, se reitera, son concordantes al narrar que el testamento no les fue dado a conocer en presencia de la testadora en su casa de habitación, sino en la notaría donde ella no se encontraba, y así también lo reconoce el apelante **AUGUSTO FRANCISCO SÁNCHEZ CAMARO** cuando en su interrogatorio de parte manifestó “...como era un testamento abierto era un documento cuyas cláusulas fueron conocidas anticipadamente por los testigos, yo mismos (sic) también leí el documento en presencia de ellos antes de salir de la notaría a la casa de la doctora DADYLTHE, es decir, que los testigos sabían que (sic) documento estaban firmando y cuál era la voluntad de la testadora y todo eso entre la asistencia a la notaría inicialmente...”.

Las dificultades para caminar de la señora **DADYLTHE MARÍA JIMÉNEZ FANDIÑO**, asociadas a su diagnóstico de neuropatía periférica, explican el desplazamiento del notario hasta su lugar de residencia para extender su testamento, circunstancia también referida por la testigo **SANDRA JANETH MUNEVAR RODRÍGUEZ**, a la sazón, Abogada Asesora de la Notaría Sesenta y

Dos, pero esa circunstancia no eximía el cumplimiento de las formalidades legales, puntualmente la de hacer sabedores a los testigos instrumentales de las disposiciones de la testadora, mediante la lectura del testamento de viva voz por parte del notario, en presencia de aquella (testadora), de manera que los testigos y el depositario de la fe pública, debían coincidir en el lugar de otorgamiento, todo con el fin de asegurar que escucharan la lectura del testamento contentivo de las disposiciones de voluntad de la señora **DADYLTHE** a la vista, presupuesto indispensable por obedecer al cumplimiento de un mandato legal, como requisito *ad substantiam actus*, esencial para salvaguardar el acto en el tráfico jurídico, prenda de autenticidad y respaldo de certidumbre en las disposiciones consignadas en esta clase de testamentos, tal como con razón lo ha dicho la jurisprudencia patria, al resaltar que, “*el legislador ha reglamentado minuciosamente los distintos pasos y fórmulas que deben cumplirse, so pena de fulminar con la invalidez la memoria testamentaria que no los acoja (artículo 11 de la ley 95 de 1890)*” (CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia del 22 de abril de 2002, Exp.: 6077, M.P. **JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES**).

En otro de sus reparos, realizados en la oportunidad de que trata el inciso 2 del numeral 3 del artículo 322 del CGP, refiere la señora **BERTHA DORIS PATIÑO ARANA** que, si la Juez *a quo* tenía “*dudas sobre las pruebas recaudadas*”, debió “*ordenar la declaración del notario, quien realizó la diligencia respectiva*” y “*de los testigos que figuran dentro de la escritura pública*”; lo cierto al respecto es que la declaración de quien entonces fungía como Notario Sesenta y Dos de esta ciudad, doctor **JORGE LUIS BUELVAS HOYOS**, sí fue decretada en auto del 7 de febrero de 2014, solo que el testigo no hizo presencia a la audiencia programada el 14 de marzo siguiente con el fin de escuchar su testimonio, y tampoco justificó su incomparecencia; de igual manera, se escuchó la versión de los testigos instrumentales **RICARDO RENDÓN PUERTA** y **JORGE DARIO GONZÁLEZ**, conforme quedó registrado en la actuación procesal, mientras la señora **ZORETH MESA CENDALES**, tampoco concurrió a la audiencia, ni justificó su inasistencia, a pesar de haberse convocado oportunamente al acto.

Reprocha la recurrente que la Juez *a quo* ha debido “*valorar la firma realizada en la escritura pública... ante el (sic) notaria... quien da fe pública de dicho acto con el que el testamento se realizó*”, en vista de que el dictamen pericial practicado para determinar la autenticidad de la misma no fue tenido en cuenta, el reclamo empero no otorga una visión distinta de las falencias advertidas en el

otorgamiento del acto testamentario, insuperables en cuanto atañen al incumplimiento de las denominadas formalidades *ad substantiam actus*, sin las cuales carece de validez, y cuya omisión, como lo ha dicho la jurisprudencia, trae aparejada su ineludible nulidad, sin que las mismas sean susceptibles de ser calificadas como meras solemnidades *ad probationem*.

Tampoco tiene vocación de prosperidad el reparo del señor **AUGUSTO FRANCISCO SÁNCHEZ CAMARO**, para quien el acto testamentario no podía declararse nulo atendiendo lo preceptuado en el inciso 2° del artículo 1083 del C. C., según el cual *“Con todo, cuándo se omitiere una o más de las designaciones prescritas en el artículo 1073, en el inciso 4o. del 1080 y en el inciso 2o. del 1081, no será por eso nulo el testamento, siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, notario o testigo”*, porque las formalidades omitidas en este particular caso, son de aquellas que afectan la validez del testamento, pues a diferencia de las referidas por el inconforme (Art. 11 de la Ley 95 de 1890), forman parte de los requisitos esenciales del mismo, cuyo propósito según viene de verse es proporcionar certidumbre a las disposiciones testamentarias, de ahí que ninguna infracción o interpretación equivocada pueda atribuirse a la decisión cuestionada.

En suma, se encuentra acreditado que el otorgamiento del testamento abierto contenido en la Escritura Pública No. 00355 del 15 de marzo de 2000 de la Notaría Sesenta y Dos del Círculo de esta ciudad, dejó de lado la formalidad consagrada en el artículo 1074 del C.C., porque la voluntad de la señora **DATHYLDE** no se dio a conocer a los testigos instrumentales en presencia de aquella, como al efecto lo exige la disposición, razón suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia, al constituir dicha irregularidad una nulidad absoluta a voces del artículo 1741 ejúsdem, por *“omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan”*.

Y aunque ello torna innecesario adentrarse a examinar lo concerniente a la manera en que se firmó el testamento, no sobra señalar que lo razonado por la Juez *a quo* en el sentido de que el acto testamentario fue firmado por los testigos *“en momento y lugar diferente a la firma de la testadora”*, se aviene a lo demostrado en el trámite procesal, pues en efecto, aunque el testamento aparece

firmado por la testadora, los testigos instrumentales y el notario como en un mismo acto, los señores **RICARDO RENDÓN PUERTA** y **JORGE DARIO GONZÁLEZ** manifestaron que no estuvieron presentes cuando la señora **DATHYLDE** lo suscribió, al punto que el segundo mencionado indicó que cuando lo leyó por primera vez en la notaria, esto es, previo a su arribo a la casa de la testadora, el documento ya se encontraba firmado, en contravía de la formalidad consagrada en el artículo 1075 del C.C., que indica una vez leído el testamento según las previsiones del artículo 1074 ejúsdem, el acto finaliza *“por las firmas del testador y testigos, y por la del Notario”*.

En conclusión, no evidencia la Sala el error de valoración probatoria que se le endilga a la sentencia de primera instancia, ni una interpretación equivocada de la normatividad en la cual se afianzó la sentencia, razón por la cual se confirmará en cuanto fue apelada, y ante la improsperidad de los recursos, se condenará en costas a los apelantes.

En razón y mérito de lo expuesto, El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Familia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 27 de febrero de 2020, proferida en el **JUZGADO TREINTA DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.**

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia, a los recurrentes. Se fija como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, las cuales deberán liquidarse en la primera instancia (Art. 365 y 366 del CGP).

TERCERO: NOTIFICAR la sentencia a las partes y al Juzgado de primera instancia mediante oficio.

CUARTO: En firme la decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE (2),

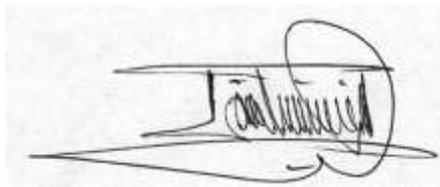


LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

Magistrada



JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ
Magistrado



IVÁN ALFREDO FAJARDO BERNAL

Magistrado