



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrado Ponente

SC4366-2018

Radicación n° 85001-31-84-002-2010-00282-01

(Aprobada en sesión de tres de octubre de dos mil diecisiete).

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada frente a la sentencia de 31 de enero de 2014, proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, dentro del proceso ordinario de **Gabriel Adame Gómez** contra **Julia Gómez**.

I.- EL LITIGIO

1. El convocante demandó de la jurisdicción se declare la nulidad absoluta del testamento otorgado por el causante Manuel Gómez, contenido en la escritura pública número 0456 de 17 de marzo de 2008, de la Notaría Primera de Yopal, por falta de algunos requisitos formales que la ley prescribe y, consecuentemente, que la herencia queda intestada.

2.- Sustenta sus aspiraciones en los hechos que admiten el siguiente compendio (fls. 2-8, cd.1):

a.-) Mediante escritura pública número 0456 de 17 de marzo de 2008 de la Notaria Primera de Yopal, Manuel Gómez otorgó testamento abierto, en el que instituyó a la señora Julia Gómez como heredera a título universal.

b.-) Que se pasaron por alto requisitos formales, porque *«dentro de la escritura 0456 del 17 de marzo de 2008, en su hoja 2 (AA 60529674) al reverso, el testador MANUEL GOMEZ ADAME no firma pero tampoco se expresa en el lleno del documento (testamento) las circunstancias ni expresa las causas por la cual no firma»*; se omitió indicar el nombre, edad y domicilio del señor Iván Cely Cely, quien firmó a ruego; no se señaló la indicación del dedo cuyo rastro ha sido impreso, pues el testador dejó dos huellas, al parecer una fue anulada, sin dejar testimonio escrito del porqué; no coincide el nombre del testador con el de su cédula de ciudadanía, porque ésta no incluye el apellido Adame, sin que aparezca testimonio escrito de ese hecho, *«por lo tanto el apellido ADAME sobra o no coincide; no obstante lo anterior cuando se dio lectura del testamento, debió leerse los dos apellidos como estaba plasmado en el testamento, error palpable que tenía que ser escuchado por todos los presentes y en consecuencia emendar (sic) el error y no generar dudas en su identificación y otorgamiento»*; que el testador refiere que tiene 86 años, que se encuentra en cabal juicio y *«únicamente en la actualidad me falla la vista»* y en la escritura se anotó *«una vez leído el presente instrumento al testador por la suscrita notaria, quien lo tiene a la vista, en voz alta y EN UN SOLO ACTO en presencia de los testigos testamentarios mencionados le da su aprobación»*, lo que constituye otra causal de nulidad.

c.-) El mencionado Manuel Gómez falleció el día 14 de junio de 2009, fecha en que se defirió la herencia a sus herederos, sin que hubiera dejado descendencia, ascendencia, cónyuge, ni unión marital de hecho, *«al parecer dejó varios hermanos entre ellos Rosa Gómez Adame, Eraclio Adame, Luis Adame Gómez, Flor Gómez Adame, Benilda Gómez, Ana Blanca Gómez y Gabriel Adame Gómez»*.

d.-) Gabriel Adame Gómez, en su condición de hermano del causante, demandó la apertura del proceso de sucesión intestada del señor Manuel Gómez, que correspondió por reparto al Juzgado Primero de Familia de Yopal, bajo el radicado 430-2009.

e.-) De igual forma la señora Julia Gómez, sobrina del causante, demandó la apertura del proceso de sucesión testada de Manuel Gómez, que correspondió al mismo Juzgado bajo el radicado número 454-2009, por lo que solicitó la acumulación de los procesos, lo que fue resuelto a su favor.

3.- El Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Yopal, despacho al que le correspondió conocer de la demanda la admitió el diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010), y dispuso los traslados pertinentes.

4.- Al proceso concurrió la demandada Julia Gómez, oponiéndose a las pretensiones, y alegando como excepciones las que denominó: Carencia de causa para

solicitar la nulidad del testamento abierto contenido en la escritura pública N° 0456 del 17 de marzo de 2008, otorgada en la Notaría Primera del Círculo de Yopal- Casanare, falta de legitimación en la causa por activa para demandar y pedir la nulidad del testamento y la innominada (fls. 32-44, Cd. 1).

5.- El veinticinco (25) de noviembre la misma calenda, se llevó a cabo la audiencia prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil (fls. 59-60, Cd. 1), agotándose a continuación el trámite que le es propio a este tipo de juicios y el seis (6) de febrero de dos mil trece (2013), el funcionario judicial convocó a las partes para la presentación de sus alegaciones finales (fl. 172 *idem*). Derecho del que hicieron uso todos los sujetos procesales.

6.- El veintidós (22) de mayo de dos mil trece (2013), el *a-quo* profirió la sentencia que definió el litigio, en la que declaró probada la falta de legitimación por activa del señor Gabriel Adame Gómez, y, por ello, negó todas las pretensiones de la demanda.

Inconforme con lo así decidido el extremo demandante formuló recurso de apelación.

7.- El Tribunal *ad quem*, resolvió la impugnación a favor del recurrente, para en su lugar desestimar las excepciones propuestas, anular el testamento y, en consecuencia, declarar «*intestada la sucesión del señor MANUEL GÓMEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 1.084.412*».

8.- La parte accionada, a través del recurso extraordinario de casación, censuró el fallo de segunda instancia y, una vez recibidas las diligencias en esta Corporación, fue admitido a trámite.

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Luego de referirse a los antecedentes del caso, el Tribunal, de manera inicial, aborda el estudio de la legitimación en causa, con base en los documentos allegados por el actor y el régimen jurídico para acreditar el parentesco señalando, que *«[L]a relación de parentesco que une a los integrantes de una familia, así como el estado civil de las personas son hechos cuya prueba ha evolucionado en nuestro ordenamiento jurídico así: si los hechos ocurrieron con anterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, la prueba principal son las partidas eclesiásticas; ii) si los hechos tuvieron ocurrencia entre la vigencia de la precitada ley y la entrada en vigencia del decreto 1260 de 1970, la prueba principal es el registro civil, pero puede tenerse como prueba supletoria las partidas eclesiásticas; y iii) si los hechos ocurrieron luego de entrada en vigencia el mencionado decreto, solamente puede tenerse como prueba el registro civil. Así las cosas, teniendo en cuenta que de acuerdo con las partidas de bautismo aportadas al plenario, tanto el nacimiento del actor (1922), como el del testador (1920), son anteriores a la entrada en vigencia de la ley 92 de 1938, la prueba idónea para demostrar el parentesco de hermandad entre ellos son precisamente esas partidas eclesiásticas, las cuales dan fe de que los dos son hijos de la señora Carmen Gómez».*

Destaca el juez colegiado que, *«[C]ierto es que el demandante, luego de la muerte de su hermano (15 de junio de 2009), decidió inscribirse en el registro civil de nacimiento (25 de agosto de 2009), para lo cual sin lugar a dudas no se tuvo en cuenta los datos consignados en la partida de bautismo, sino en la cédula de ciudadanía, igualmente es*

obvio que para la expedición de la cédula de ciudadanía del actor tampoco se tuvo en cuenta los datos que figuran en aquel documento, errores que no implican necesariamente que por ello haya de predicarse la falta de legitimación en la causa por activa del actor, pues como se dijo y se reitera, la prueba idónea para demostrar el parentesco entre el demandante y el testador, por ambos haber nacido antes del año 1938, es la partida de bautismo de cada uno de ellos».

Para comprobar si las personas José Gabriel Gómez y José Manuel Gómez, son los mismos Gabriel Adame Gómez y Manuel Gómez, de las pruebas obrantes en el proceso, especialmente de las declaraciones recepcionadas en el trámite, colige que *«de las citadas pruebas aparece diáfano que el demandante, señor Gabriel Adame Gómez es la misma persona que en la partida de bautismo figura como José Gabriel Gómez, pues de acuerdo con la información que aporta el registro civil de nacimiento y la declaración rendida por su hermana Ana Blanca Gómez, el actor es hijo de Carmen Gómez, quien figura como madre del menor de cuyo bautismo se da fe en la referida partida eclesiástica, así mismo, del señor “Manuel Gómez”, como aparece identificado el testador en la tarjeta alfabética allegada al plenario por la Registraduría Nacional del Estado Civil (folio 139), o “Manuel Gómez Adame” como se identifica al mismo en la escritura pública contentiva del testamento objeto de litigio, no hay duda que es la misma persona que se bautizó como José Manuel Gómez, según su respectiva partida de bautismo, pues claramente así lo hacen ver su hermana Ana Blanca y su misma declaración hecha ante la Notaría en que se elevó a escritura pública su testamento, al dar cuenta que él es hijo de Carmen Gómez, como consta en dicha partida eclesiástica».*

Continua diciendo, que *«del parentesco de hermandad igualmente no cabe la menor duda al ser ambos hijos de Carmen Gómez y de Gabriel Adame, como lo hacen ver las ya citadas pruebas tanto documentales como testimoniales, y aún la parte demandada no pone*

reparo en ello, toda vez que incluso utilizó ese conocimiento para tachar de sospechoso el testimonio de la hermana común de ellos, Ana Blanca, y lo reitera al manifestar en los alegatos de conclusión, haciendo ver que con el testamento no se habían desconocido derechos de herederos forzosos: "sin duda alguna, prima, entonces, la voluntad del testador ante el tercer orden hereditario, cual es, el que llegaría (a) ostentar el señor demandante"».

Consecuente con lo apuntado, asevera que «emerge con claridad que el demandante sí se encuentra legitimado por activa para demandar la nulidad del testamento otorgado por el señor Manuel Gómez, toda vez que demostró ser su hermano y por ende tener vocación hereditaria para participar, en su correspondiente orden, de la sucesión intestada de aquel, por lo cual es obvio que resultaría perjudicado en sus derechos si permite hacer valer un testamento otorgado presuntamente en forma viciada por su hermano».

Seguidamente el Tribunal pasa a analizar si existen o no los vicios formales endilgados al testamento cuestionado, para lo cual invoca los artículos 1075 del C.C. y 38 y 39 del Decreto 960 de 1970, así como el alcance del artículo 11 de la ley 95 de 1890 y algunos precedentes de esta Corporación, relacionados con la temática, para desechar cuatro de los vicios planteados y hallar acreditado el soportado en la omisión de la firma del testador, respecto de lo cual apunta que «el inciso segundo (refiriéndose al inciso segundo del artículo 1083) consagra las únicas excepciones a la rigurosidad formal de los testamentos, dentro de las cuales no se enlista la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 1075, de modo que siguiendo la estrictez de la norma, si un testamento en el que no aparece la firma del testador, sino la de otra persona que firmó a ruego, sin que en la escritura pública que lo contiene se dé cuenta de la razón por la cual aquel no fue quien lo suscribió, la

consecuencia obvia es la nulidad de ese testamento ».

A partir de tales planteamientos refiere, que «Analizada la escritura pública que contiene el testamento del cual se discute su validez (folios 9 a 11), se observa que en efecto el testador no firma el documento, solamente implanta su huella dactilar del dedo índice derecho y más abajo se observa la firma a ruego del señor Iván Cely Cely, sin que en parte alguna del escrito se diga que el testador no sabe o no puede firmar, y por qué razón no puede hacerlo, razón suficiente para que de acuerdo a la jurisprudencia y normas pertinentes citadas se tenga por inválido el testamento».

En relación con las exceptivas formuladas por la demandada señala, frente a la carencia de causa, que «la parte demandada muestra cómo el testamento cumple con la mayoría de los requisitos formales establecidos en el Código Civil y en el Decreto 960 de 1970 para la plena validez de los testamentos abiertos, y en realidad los cumple, salvo el requisito Establecido en el inciso segundo del artículo 1075 del C.C., ampliamente estudiado en el numeral 3.1 de las consideraciones, por falta del cual se habrá de declarar la nulidad del testamento, es por esto que esta excepción se ha de declarar no probada».

Y respecto de la falta de legitimación por activa sostuvo, que «no es en estricto sentido una excepción. Como sea ya fue examinada a profundidad en el numeral 2 de las consideraciones concluyéndose que contrario a lo decido en primera instancia, esta sala considera que el señor Gabriel Adame Gómez sí se encuentra legitimado por activa para pedir la nulidad del testamento, por lo que esta excepción también se declarará no probada».

III.- LA DEMANDA DE CASACIÓN

En la demanda que soporta el recurso extraordinario de casación el censor formula cinco (5) cargos contra la sentencia impugnada, todos ellos con soporte en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por violación de normas sustanciales por la vía indirecta. De ellos, dos (2) por error de hecho y tres (3) por error de derecho.

Mediante proveído de 31 de julio de 2015 la Corte decidió inadmitir los cargos primero y tercero por error de hecho, en tanto que aceptó a trámite los restantes, todos por error de derecho.

CARGO SEGUNDO

1. Acusa la decisión de violación indirecta por errores de derecho, *«al omitirse la aplicación de los artículos 13, 58 y 230 de la Constitución Nacional, desarrollados en este caso por los artículos 669, 1055, 1059, 1070, 1072, 1074, 1375, 1497, 1502, 1618, 1620, 1740 y 1742 del Código Civil, 187 y 619 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4° de la ley 169 de 1896 y, además, aplicarse indebidamente las disposiciones de derecho sustancial contenidas en los artículos 1075 del Código Civil, artículos 38 y 39 del Decreto 960 de 1970»*.

2. Luego de citar *in extenso* la sentencia de esta Corporación SC de 20 de enero de 2006, Rad. 25843-31-84-001-1999-00037-01, indica que ésta es doctrina probable, por tratarse de una sentencia reiterativa de jurisprudencia,

que establece con claridad que el juez debe buscar la prevalencia de la voluntad extendida por el otorgante testamentario para preservar la integración material de la libertad de uso y abuso de la propiedad, *«[A] más de ello, inclusive, la interpretación de los actos y negocios jurídicos, como fuentes de obligaciones se encuentra sometida a la prevalencia del acto o negocio, en sus acepciones confusas o poco claras, por manera que al constatar solemnidades que no detentan una muy explícita y rigurosa reglamentación, debe verificarse por el juez su cumplimiento, sin imponer cargas que la ley no tiene previstas».*

3. Arguye que el Tribunal ha debido apreciar en conjunto los medios probatorios de los que disponía para emitir el juicio de instancia que revocó la decisión del juzgado, advirtiendo que la voluntad del testador Manuel Gómez se encontraba plenamente demostrada por el acto testamentario y, además, ratificado por la declaración de quien allí fungió como testigo instrumental, Publio Alfonso Blanco y las declaraciones de Marcedonio Peña Amezquita, Edilma Barrera Bohórquez, Olger Vidal Herrera y, especialmente, de Ana Blanca Gómez de Cristancho, hermana del *de cujus* e Iván Cely Cely, *«todas demostrativas y contestes del querer inequívoco del testador de dejar como heredera universal de todos sus bienes a su sobrina Julia Gómez, quien durante 40 años lo asistió, compartió con él en familia junto a los hijos de ella, construyó y sembró el predio en el que cohabitaron, ejerciendo su coposesión».*

4. Dice que el Tribunal también debió valorar la inspección judicial realizada sobre el instrumento público N° 0456 y la certificación expedida por la Registraduría

Nacional del Estado Civil, «si lo que quería era comprobar que fue el testador quien otorgó la Escritura Pública inspeccionada, y, de esa forma, despuntar en la autenticidad de dicho instrumento, que, en últimas, es lo que pretende la estructura preceptiva del inciso 2° del artículo 1075 del Código Civil (Decreto 960 de 1970, arts. 38 y 39)».

Disposiciones que considera transgredidas por el Tribunal, como consecuencia de la *«falta de valoración probatoria o pretermisión de los elementos de juicio reseñados, hace saber que no se logró su interpretación y debida aplicación, cuando quiera que el Tribunal sostuvo el no haberse impuesto dentro del instrumento público contentivo de la memoria testamentaria del Señor Manuel Gómez (q.e.p.d.), una causa para acudir a la firma que a ruego prestó Iván Cely Cely, siendo que, la hermenéutica del acto testamentario, imponía al juzgador escrutar sus disposiciones en aras de preservarlo, por manera que la manifestación de fallas en su vista, suponía condiciones físicas y salubres reducidas que le impedían suscribir la Escritura Pública N° 0456 del 17 de marzo del año 2008, otorgada ante la Notaría 1° del Circulo de Yopal (Casanare)».*

CARGO CUARTO

1. Censura la decisión con fundamento en la causal primera *«por error de DERECHO, al ser la sentencia impugnada violatoria indirecta de una norma de derecho sustancial (...) por aplicación indebida, cuando menos, de las contenidas en los artículos 44 a 66, 101, 105, y 106 del Decreto Ley 1260 de 1970 (Titulo VI), los artículos 19, 20, y 22 de la ley 153 de 1887 y el artículo 60 de la ley 96 de 1985 y el artículo 1742 del Código Civil».*

2. Expone que pese a que el demandante nació el 18 de junio de 1927 *«está claro que se acogió al nuevo sistema de*

comprobación del estado civil, según evidencia el certificado de registro civil de nacimiento N°2336347 (fl. 14 cdno. 1) que aportó con la demanda», por lo que el Tribunal no debió tener por demostrado éste «cuando quiera que su certificado de registro (fl. 52 ib.) debió ser valorado como la única prueba para el efecto (C. de P.C., arts. 252 a 254, 264 y 268), y no como se dijo en la sentencia impugnada», impidiendo acreditarlo como hermano del testador.

3. Afirma que si el Tribunal hubiera apreciado debidamente la situación fáctica que se aviene de las probanzas debió confirmar la sentencia apelada, por lo que *«sin comprobar la calidad de parentesco del demandante con el testador, al no poderse inferir que el demandante es su hermano de simple conjunción, no le asiste interés para dirigir un ataque de nulidad absoluta contra la Escritura N° 0456 del 17 de marzo de 2008, otorgada ante la Notaría 1° del Circulo de Yopal (Casanare), conforme prevé el art. 1742 del Código Civil».*

CARGO QUINTO

1. También por la vía indirecta se reprocha la sentencia de ser violatoria de norma de derecho sustancial por error de derecho, *«por aplicación indebida, cuando menos, de la contenida en los artículos 1070 e inciso 2° del 1075 del Código Civil», «aunada a los artículos 38 y 39 del Decreto ley 960 de 1970».*

2. Expresa el censor, que *«si el Tribunal hubiere dado el valor probatorio que merecía lectura integra al acto testamentario (...) aportado por el mismo demandante en cumplimiento de las reglas procesales que regentan ese acto de aducción (C. de P.C. inc. 1° art. 252, 253, núm. 2° art. 254 y 265), fácilmente hubiera arribado a una decisión diferente, en la medida que tal instrumento público de entrada establece que el*

testador, para el momento del otorgamiento manifestó *“ME HALLO EN ENTERO Y CABAL JUICIO, UNICAMENTE EN LA ACTUALIDAD ME FALLA LA VISTA...”* (fl. 9 vuelto, cdno 1)».

De allí afirma que el tribunal no apreció que el testador al fijar la forma como compareció al otorgamiento *«de suyo dejó al descubierto que no podía firmar la terminación del acto por fallarle la vista, luego no podía colegir “...que en parte alguna del escrito se diga que el testador no sabe o no puede firmar y por qué razón no puede hacerlo, razón suficiente para que de acuerdo a la jurisprudencia y normas pertinentes citadas se tenga por invalido el testamento...”* (fl. 17 vuelto, cdno. 3)».

3. Alega, que *«salta a la vista que el Tribunal no valoró integralmente, para arribar a ese juicio, ninguno de los testimonios que se recaudaron en el curso del proceso y, específicamente las atestaciones del firmante a ruego del Señor Manuel Gómez (q.e.p.d.), señor Iván Cely Cely, quien depuso en audiencia de 7 de diciembre de 2011 (fls. 106 a 108, cdno 1), que “Efectivamente esa es mi firma y yo coloque (sic) el índice derecho ahí... El señor Manuel Gómez era e (sic) tío de la señora Julia Gómez... el favor que le (sic) me pidió de la firma fue porque el ya sus manos por lo tembloroso que estaba no pidió (sic) escribir, el sí escribía pero en ese entonces no le servía el pulso para escribir, le pregunte (sic) a la notaria que si había algún problema de que yo hiciera el favor de firmar y ella me contestó que no, procedí a firmar...”* (fl. 107, ib.)».

4. Concluye señalando, que *«debido a la inadvertencia o indebida valoración de los medios probatorios que se han venido reseñando el Tribunal no alcanzó a configurar un juicio apegado a la realidad comprobada, restando valor a la voluntad irrestricta del testador y la memoria testamentaria contenida en el instrumento público acusado como nulo de nulidad absoluta, misma que no se estructuró*

porque los requisitos formales del acto jurídico (C.C., arts. 1070 a 1075) se encuentran reunidos, y, en lo que toca la causal extrínseca (L. 95 de 1890, art. 11), de nulidad alegada por el actor, queda demostrado que la razón por la cual el testador rogó la firma de Iván Cely Cely, se previno en la Escritura Pública que lo contiene. Desde que se depuso sobre las calidades del testador y su estado de salud a la fecha de otorgamiento; sobre lo cual, no exige la Ley fórmulas sacramentales, haciéndose claro que, del contenido de la ya reseñada Escritura Pública N° 0456 se colige el impedimento que tenía el testador para firmar el acto testamentario».

CONSIDERACIONES

1. De manera liminar se debe señalar, que si bien el Código General del Proceso entró en plena vigencia a partir del primero (1°) de enero de 2016, atendiendo la fecha en que se formuló el recurso cuyo estudio ocupa a la Corte (2015), las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil son las llamadas a gobernar el caso, tal cual se desprende de los preceptos 624 y 625 del nuevo estatuto procedimental.

2. Precisado esto, tomando en consideración que frente la sentencia opugnada la Corte admitió a trámite tres (3) cargos, todos por la vía indirecta, por error de derecho, dado que en el cargo cuarto se está cuestionando la legitimación en causa que le fue reconocida al demandante, lo que constituye un presupuesto de la acción que precisa auscultarse *ab initio*, en tanto que por la relación sustancial existente entre el segundo y el quinto estos se estudiarán conjuntamente.

3. Es así que en el cargo cuarto se cuestiona por el recurrente que el Tribunal tuvo por acreditado el parentesco de consanguinidad que une al accionante Gabriel Adame Gómez con el testador Manuel Gómez y, en consecuencia, le reconoció legitimación en causa para reclamar la nulidad del testamento contenido en la escritura pública 0456 de 17 de marzo de 2008, al estimar, en estrictez, que la única prueba a considerar para ese propósito era el registro civil del convocante, allegado con la demanda, y no las partidas eclesiásticas, como se dijo en la sentencia impugnada.

3.1.- En relación con la legitimidad en la causa baste recordar que «[S]egún concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la **legitimatío ad causam** consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)". (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)» (Sent. de 14 de agos. de 1995, Rad. 4268), esto es «la designación legal de los sujetos del proceso para disputar el derecho debatido ante la jurisdicción» (CSJ SC de 23 de abr. de 2003, Rad. 7651), lo que traduce que el actor estará legitimado en la causa cuando ejercita un derecho que realmente le corresponde y el convocado cuando es el llamado a ejecutar la prestación correlativa al derecho del demandante.

En ese orden de ideas, en materia testamentaria estarán legitimados por activa para incoar la acción de nulidad del acto los interesados en la declaración de esa nulidad, ora por su condición de herederos *ab intestato* o por

ser favorecidos en un testamento anterior, esto es, quien tenga vocación hereditaria, cual acontece con los hermanos, cuando el *de cujus* no cuenta con descendencia o ascendencia que imponga forzoso el derecho sucesoral de éstos con exclusión de los demás. En tanto que por pasiva la tendrán quienes resulten favorecidos por el testamento cuya nulidad se pretende, así como el albacea, mientras perdure el albaceazgo.

3.2. Es ampliamente conocido que el estado civil alude a la situación jurídica que un individuo ostenta ante la sociedad y en la familia, que determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley. (Art. 1° Decreto 1260 de 1970).

De la mentada definición emergen como características del estado civil, que (i.) es un atributo de todas las personas, que determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer obligaciones; (ii.) su regulación corresponde a normas de orden público, (iii.) es inalienable, (v.) constituye derecho adquirido; (vi.) es único e indivisible; (vii.) es imprescriptible; (viii.) su prueba está sometida a tarifa legal, en la medida que la ley determina la forma como debe acreditarse; (ix) lo asigna y regula la ley.

3.3. De acuerdo con lo visto, se puede afirmar que el estado civil constituye un atributo de la personalidad, que permite al individuo por causa de su situación jurídica en la familia y la sociedad ejercer ciertos derechos y adquirir

obligaciones derivadas de esa condición, por lo que el mismo está fuera del comercio, esto es, no es negociable, salvedad de los derechos económicos que del mismo emanen. Por lo demás, las disposiciones que lo regulan son de orden público, lo que significa que no podrán ser derogadas o modificadas por acuerdos particulares, salvo excepción legal (como lo referente al reconocimiento del hijo extramatrimonial que genera efectos jurídicos) o los avances que en materia de familia constituida por vínculos naturales (en los términos del artículo 42 de la C.P., como el derivado de la unión marital de hecho), tampoco puede renunciarse, y en lo que hace a su demostración sólo se puede hacer en la forma que expresamente determine el legislador, estando de suyo descartada la confesión, la que si se admite para la establecer los hechos que lo acreditan.

3.4. En relación a las características del estado civil se ha dicho, que:

corresponde a la ley no sólo especificar los hechos, actos y providencias que determinan el estado civil, sino, también, calificarlos (artículo 2° del Decreto 1260 de 1970); no hay, pues, en el punto, cabida para que los particulares puedan a su gusto, escoger los hechos o disposiciones volitivas enderezadas a establecer un estado concreto si no están previamente previstos como tales en el ordenamiento; aunque, por supuesto, cuando la ley lo permita podrán ejecutar actos que desemboquen en el emplazamiento en un estado civil; ni, mucho menos, la reiteración de comportamientos, por prolongada y tolerada que sea, puede dar pie a la adquisición de un status si las normas jurídicas no lo prevén de ese modo, ni la circunstancia de que una persona se atribuya un estado del que en verdad carece lo hace titular del mismo, muy a pesar de que lo ostente largamente. De manera, pues, que por prorrogada, pacífica y estable que sea la atribución que una persona se haga de un estado, no hay lugar a adquirirlo

por ese modo si conforme al ordenamiento no se tiene derecho a él. (...). (CSJ SC de 27 de nov. de 2007, Rad. N° 1995-05945).

Quiere decir esto, que los particulares no pueden de manera discrecional escoger hechos o disposiciones volitivas para establecer, según su particular interés, un determinado estado; puesto que para ello es imperativo estarse a las condiciones que contempla el ordenamiento jurídico, que se encarga de establecer los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos (artículo 2°, Decreto 1260 de 1970), y que sometió su prueba a una regla de tarifa legal, amen que solo podrá acreditarse en la forma que el mismo indica, al eliminar la distinción entre pruebas principales y supletorias.

3.5. De cara al cargo planteado en la censura, es preciso indicar que, aun cuando el recurrente adujo violación de normas sustanciales por error de derecho en materia probatoria, es lo cierto que sus reproches los soporta, en gran parte, alegando circunstancias constitutivas de errores de valoración objetiva de algunos medios de prueba, como fue el reparo referente a que el Tribunal en la sentencia dijo *«teniendo en cuenta que de acuerdo con las partidas de bautismo aportadas al plenario, tanto el nacimiento del actor (1922), como del testador (1920), son anteriores a la entrada en vigencia de la ley (sic) 92 de 1938, la prueba idónea para demostrar el parentesco de hermandad entre ellos son precisamente esas partidas eclesiásticas, las cuales dan fe que los dos son hijos de la señora Carmen Gómez»,* pues concuerda con la apreciación del juez a quo, en que *«la falta de legitimación en la causa por activa» se hacía palmar bajo el entendido medular de no acreditarse con suficiencia «el parentesco con el testador del cual deriva*

el interés para accionar y pedir la nulidad del testamento”(fl. 2052 vuelto, cdno 1), atendiendo que “en la partida de bautismo aportada por el demandante se hace constar que José Gabriel Gómez nació el primero de diciembre de 1929 en Nunchía – Casanare, hijo de Carmen Gómez y padre desconocido, mientras que quien otorgó poder fue GABRIEL ADAME GÓMEZ, hijo de CARMEN GÓMEZ y GABRIEL ADAME, y así figura en su cédula de ciudadanía, pero además en estos documentos su fecha de nacimiento figura el dieciocho (18) de junio de mil novecientos veintisiete (1927)” (fl. 13, cdno 3), impidiendo acreditarlo como hermano del testador, yerro que habría derivado de una inadecuada valoración de las partidas eclesiásticas que allí se mencionan.

Mírese que el casacionista alegó desconocimiento de las diferencias que existen entre la información que registran la partida eclesiástica de bautismo y el registro civil de nacimiento del demandante Gabriel Adame Gómez, que impedían *«acreditarlo como hermano del testador»*, aspecto que, sin duda, concierne con la alteración del contenido de la aludida probanza, puesto que arguye una apreciación equivocada de ese contenido y no de su eficacia jurídica en sí misma, y en ese orden el reproche debía enfilarse por error de hecho y no de derecho como se hizo.

3.6. Pero aún si se entendiera que se cuestiona no el valor demostrativo de las pruebas referidas a partir de su contenido, sino la aceptación como medio para acreditar el estado civil de las partidas eclesiásticas y no el registro civil, esto es, que se tuvo por probado un hecho a través de un medio equivocado, no se vislumbra el yerro imputado.

Ello, porque si el Tribunal, atendiendo las calendas en que nacieron demandante y testador (1922 y 1920), estableció que la prueba para acreditar su estado civil eran las correspondientes partidas eclesiásticas, no incurrió en el error que se le imputa, habida consideración que expresamente el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970 dispone:

*ARTICULO 105. Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, **se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos.***

En caso de pérdida o destrucción de ellos, los hechos, y actos se probarán con las actas o los folios reconstruidos o con el folio resultante de la nueva inscripción conforme a lo dispuesto en el artículo 100.

*(Inciso 3o. modificado por el artículo 9o. del Decreto 2158 de 1970). Y **en caso de falta** de dichas partidas o de los folios, el funcionario competente del estado civil, previa comprobación sumaria de aquella, procederá a las inscripciones que correspondan abriendo los folios, con fundamento, en su orden: en instrumentos públicos o en copias de partidas de origen religioso, o en decisión judicial basada, ya sea en declaraciones de testigos presenciales de los hechos o actos constitutivos de estado civil de que se trate, o ya sea en la notoria posesión de ese estado civil.*

Y a estas directrices se ajustó el Tribunal, toda vez que dio a las partidas eclesiásticas allegadas para acreditar el parentesco del señor Gabriel Adame Gómez con el testador Manuel Gómez el exacto valor probatorio que prescribe el ordenamiento, dada la época de su natalicio.

Frente a la eficacia probatoria de las partidas eclesiásticas y la incidencia que puede tener un registro civil

posterior la Corte Constitucional, en sentencia de 12 de noviembre de 1992, expediente 4106, apuntó:

*Para entender correctamente esta primera orientación del nuevo sistema, conviene tener en cuenta que **las antiguas pruebas supletorias de la Ley 92 de 1.938 conservan todo su valor.** En dichos casos el acto de registro del estado civil surge en la partida de bautismo, sin necesidad de una posterior participación del Estado.*

Ningún problema se ha presentado con respecto a las partidas eclesiásticas levantadas en forma directa por el cura párroco una vez celebrado el bautismo. La copia de tales actas tiene valor ante los funcionarios del registro civil para levantar el acta civil, pero las personas nacidas con anterioridad a la Ley 92 de 1.938, no están obligadas a registrar la partida de bautismo, pues éste sólo documento constituye plena prueba de su estado civil. (Subrayas de la Sala).

En este entendido no pone ni quita ley que Gabriel Adame Gómez hubiera solicitado *motu proprio* su inscripción en el registro civil que actualmente gobierna el estado civil, pues, como quedó visto, no es este acto voluntario del ciudadano el que determina cuál es la prueba idónea para demostrar su estado civil, sino el legislador, quien en consideración de la época del nacimiento y en ejercicio de la libertad de configuración legislativa ha autorizado, dicho registro ante el funcionario civil, el cual en todo caso no le resta valor probatorio a aquellas partidas religiosas, sin que resulte necesario en este particular caso adentrarse en el análisis de la eficacia que dicha inscripción pudiera tener.

3.7. Adicionalmente, no resulta afectado el valor probatorio de las partidas eclesiásticas, adosadas para acreditar el parentesco de demandante y testador, el hecho

de haberse soportado el Tribunal en el restante material demostrativo arrimado al juicio para clarificar las diferencias que, indiscutiblemente, se presentaban entre éstas con los documentos de identidad de los mismos, como a continuación se detalla:

Gabriel Adame Gómez	Cédula	Part. de bautismo	Registro civil
Nombre	Gabriel Adame Gómez	José Gabriel Gómez	Gabriel Adame Gómez
Fecha n/miento	18/06/27	27/10/22	18/06/27
Padres		Carmen Gómez-Padre desconocido	Gabriel Adame-Carmen Gómez
Manuel Gómez	Cédula	Part. de bautismo	Registro civil
Nombre	Manuel Gómez	José Manuel Gómez	
Fecha n/miento	17/08/22	28/03/20	
Padres		Carmen Gómez-Padre desconocido	

Esto, debido a que la valoración conjunta realizada por juzgador *ad quem*, conforme las reglas de la sana crítica, le permitieron colegir que se trataba de las mismas personas y, al dar cuenta que ambos fueron nacidos de la señora **Carmen Gómez** resultan, entre sí, hermanos de simple conjunción, indistintamente de que de estas probanzas no se pudiera tener por demostrado un reconocimiento de la paternidad del señor Gabriel Adame, como quiera que, a más que no es esa filiación la que, en últimas, está en indagación, esa paternidad dudosa carece de relevancia ante la filiación materna que se presume por el solo hecho del nacimiento y que al quedar acreditada –hijos de la misma madre- permite

colegir el parentesco, conforme lo infirió el tribunal.

3.8. Consecuente con lo indicado el cargo no prospera.

4. Superado lo anterior, se advierte que se reprocha al tribunal no haber valorado conjuntamente el material probatorio allegado al juicio, particularmente la memoria testamentaria y las declaraciones que fueron recibidas en la instancia, las cuales revelan la inequívoca voluntad del testador de instituir a la demandada Julia Gómez como su heredera, ante la inexistencia de herederos forzosos, y haber declarado la invalidez de éste, arguyendo la omisión de la firma del otorgante, cuando en el acto el señor Gómez indicó que le *«fallaba la vista»*, por lo que se acudió a la firma a ruego.

4.1. En su reproche el censor aduce la infracción de normas sustanciales, por cuanto *«el Tribunal ha debido apreciar en conjunto los medios probatorios de los que disponía para emitir el Juicio de instancia (C. de P.C., art. 187». Transgresión que se presenta «a causa de la falta de valoración probatoria o pretermisión de los elementos de juicio reseñados, hace saber que no se logró su interpretación y debida aplicación».*

4.2. Ha dicho de manera reiterada esta Corporación, en relación al precepto 187 procesal civil, que para la configuración del error *de jure* derivado de la inobservancia de la pauta probatoria contenida en el citado artículo *«le compete al recurrente cumplir la tarea de agrupar las ideas o información concordante que consta en los distintos medios de prueba, legal y*

oportunamente incorporados, de tal manera que sin complejas elucubraciones le permitan probar el supuesto fáctico no exteriorizado, o que no había sido identificado y revelado por el juzgador, debido a la falencia en que incurrió al apreciar de forma aislada los elementos de convicción» (CSJ SC de 9 de mayo de 2017, Rad. 11001-31-03-019-2008-00247-01).

4.3. De otro lado, por sabido se tiene, que el testamento como medio para procurar la tradición del patrimonio de una persona después de sus días, es considerado como el título en que consta el derecho a recibir una herencia o parte de ella, y tiene como principales características: (i.) ser un acto jurídico unilateral, puesto que sólo requiere la declaración de voluntad del testador para que produzca los efectos jurídicos que del mismo emanan (artículo 1059 C.C.); (ii.) es personalísimo e indelegable, esto es, únicamente interviene la voluntad de quien lo otorga, lo que impide que pueda realizarse por terceros en su nombre o alegando su representación (art. 1060 C.C.); (iii.) **es siempre solemne**, por lo que en su otorgamiento se deben satisfacer a cabalidad todas las exigencias que señala la ley para las distintas modalidades que del mismo establece, según las particulares circunstancias en que se halle el testador; (iv.) es esencialmente revocable, puesto que, en línea de principio, el testador en vida podrá revocarlo y otorgar otro, si a bien lo tiene (v.) es instrumento de disposición de bienes, toda vez que mediante éste, esencialmente, el testador define cómo deberá distribuirse su patrimonio entre las personas que por vocación legal o por su designación estén llamados a recogerlo.

4.4. Respecto del cumplimiento de las formalidades de la memoria testamentaria esta Corporación ha indicado, que dichas normas

*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 del 20 de mayo de 1997, Rad. 4856).*

Exigencias que, si bien han merecido cierta flexibilidad en su manejo por parte de la jurisprudencia, no pueden ser en modo alguno totalmente desconocidas, dado el carácter de acto solemne que tiene dicha manifestación de voluntad, a capa de afectar la validez sustancial del acto, como ha indicado la Corte, precisando en relación al tema que:

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).

Significa lo indicado, que para que el acto testamentario pueda cumplir su cometido tiene que sujetarse a todas 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 omitiere 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»*, quedando así evidente el rigor que envuelve esa última voluntad del testador, en aras de garantizar la pureza del acto y evitar deformaciones de esa voluntad.

Por esto, cuando de testamento abierto, nuncupativo o público, se trata, es de rigor observar las formalidades establecidas por los art. 1070 a 1074 del Código Civil, que establecen la obligación de que el testador haga sabedores de sus determinaciones a los comparecientes, debe extenderse por escrito en un mismo acto, y si existe notario ante éste y tres testigos, o ante cinco, si en el lugar no existiere notario y culminar con la firma de éstos, como bien lo ha precisado esta Corte, al decir que.

En tratándose del testamento abierto (también llamado nuncupativo o público), es decir, aquél “en que el testador hace sabedores de sus disposiciones a los testigos, y al notario, cuando concurren” (artículo 1064 del Código Civil), reduce palmariamente en la legislación vigente cómo éste debe otorgarse mediante un acto único y continuo, ya que debe ser “presenciado en todas sus partes por el testador, por un mismo notario, si lo hubiere, y por unos mismos testigos” (artículo 1072 ejusdem); igualmente, porque deber ser “leído en alta voz por el Notario”; además porque 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" (artículo 1074 ibídem); amén que dicho acto termina "por las firmas del testador y testigos, y por la del Notario.." (artículo 1075 ib.). Del mismo modo, cuando se otorga ante notario, debe constar, por mandato del artículo 13 del decreto 960 de 1970, en escritura pública.

Emerge de lo expuesto que, por su naturaleza solemne, el acto testamentario para su eficacia y validez requiere el acatamiento irrestricto de determinadas formalidades *ad substantiam actus*, cuya omisión trae aparejada su ineludible nulidad, sin que las mismas sean susceptibles de ser calificadas como meras solemnidades *ad probationem*.

No puede olvidarse que las formalidades *ad substantiam actus* constituyen aquellos requerimientos que deben estar presentes, sin los cuales el acto no tendrá valor alguno, pues la voluntad se tiene por no manifestada, como es por ejemplo, en materia testamentaria, entre otras, no plasmarlo por escrito privado o en escritura pública, de acuerdo con la expresa exigencia que prevé el artículo 1067 del Código Civil, ante el número de testigos hábiles que el tipo testamentario requiera y, de ser el caso, ante notario público; en tanto que las formalidades *ad probationem* son exigencias para la prueba del acto o contrato, pero que en modo alguno comprometen la vida misma del negocio, cual ocurre con las primeras.

La jurisprudencia patria, con ocasión de esa necesaria atención a las formalidades para la validez del acto testamentario frente a la voluntad del testador, ha dicho:

Es consecuencia de lo anterior que, a pesar de que no exista

duda sobre la identidad del testador y del contenido de la declaración de su última voluntad, el testamento abierto otorgado ante notario será nulo, por ejemplo, si se otorga ante solo dos testigos; o si no es leído en alta voz por el notario o si lo es por otra persona; si pudiendo, no lo firma el testador; o si no lo firma por no saber o no poder y se omite expresar allí esa circunstancia; o si tratándose del testamento del ciego, no se hace constar en él que fue leído dos veces, una por el notario y otra por el testigo designado por aquél; o si esta doble lectura se hace solo por el testigo o solo por el notario. En una palabra, el testamento es nulo si se omite cualquiera de las formalidades prescritas para él, con la sola excepción de las indicadas en el artículo 1073 del Código Civil (CSJ SC de 28 de sept. de 1982).

Es lo cierto que de tiempo atrás esta Corporación ha indicado que del marco normativo que gobierna el testamento, si bien el acatamiento cabal de determinadas formalidades debe emerger del contenido mismo de la memoria que lo contiene, es posible que algunos se acrediten con otras pruebas, es así que en sentencia de 20 de enero de 2006 expediente 1999-00037-01, sostuvo:

esta Corporación tiene señalado de tiempo atrás que “no todas las solemnidades a que está sometido el otorgamiento de un testamento abierto deben constar expresamente en él, pues en tratándose de un acto de esa naturaleza, tal requisito sólo es exigido por mandato de la ley para las circunstancias de que tratan los artículos 1073, 1075, en sus incisos 2° y 3°, y 1076 del Código Civil y en cuanto a las demás, si en verdad debe ser aconsejable y conveniente que ellas consten en el propio testamento, la ley no lo ha requerido así expresamente, por lo cual el hecho de que en él no conste su cumplimiento, no es determinante de su nulidad, pues como lo ha sostenido la Corte en repetidas decisiones, los documentos públicos o auténticos llevan en sí la presunción de haberse otorgado legalmente, hasta tanto no aparezca de manifiesto o no se acredite o contrario, por quien alega alguna omisión fundamental” (LIX, 369).

4.5. A partir de lo anterior, puede afirmarse que, sin

desconocer la excepcional ocurrencia del testamento verbal (artículo 1090 C.C.), el solemne es siempre escrito (artículo 1067 ib.), exigencia escritural que en el abierto quedará satisfecha con el debido «otorgamiento» de la escritura pública, acto con el cual, al tenor del artículo 14 del Decreto 960 de 1970, se concreta el «consentimiento», toda vez que éste constituye *«el asentimiento expreso que aquellos prestan al instrumento extendido»*, el cual a su vez se verá materializado con la «firma» que deben estampar o imprimir en un mismo acto los participantes (testador, testigo y notario), conforme lo establece el artículo 1075 del estatuto civil, en armonía con el canon 35 del decreto en cita, indicando este último, que *«(...) la firma de los otorgantes demuestra su aprobación»*, particularmente la del primero, que permite tener certeza de su identidad y de que esa es su voluntad, pues recuérdese que corresponde al mismo testador otorgarlo (art.1055 *Ibidem*), al estar proscrita su delegación, tal como expresamente lo impone el artículo 1060 *ejusdem*.

Esa signatura, por demás, a voces del 38 *ídem*, debe ser impuesta a mano de su propio autor, como quiera que la norma exige que sea «autógrafa», sin perjuicio de aquellos eventos en que *«si alguno de los otorgantes no supiere o no pudiere firmar»* el instrumento sea suscrito *«por la persona a quien él ruegue»*, dejando mención expresa en el testamento de ese hecho y la causa del mismo, cumpliendo las precisas exigencias que refiere el artículo 39 *ibidem*.

En punto de la importancia de la firma en el

otorgamiento del testamento, la Corporación sostuvo:

El Código Civil con relación a las firmas del testamento prescribe, en su artículo 1075, que “termina el acto por las firmas del testador y testigos, y por la del notario si lo hubiere. Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia, expresando la causa”. La exigencia de la suscripción de la memoria testamentaria por su autor encuentra asidero en el carácter personalísimo de dicho negocio jurídico, pues recuérdese que corresponde al mismo testador otorgarlo (art.1055 Ibídem), sin que le sea factible delegar esa potestad, tal como expresamente lo dispone el artículo 1060 ejusdem.

Por sabido se tiene que en el régimen sucesoral testamentario colombiano, campea como principio esencial para la validez del testamento, el de la existencia de la voluntad de testar libre de vicios que la afecten, o que hagan inteligibles las disposiciones del testador, pues ellas han de ser expresadas con claridad, según las exigencias del ordenamiento jurídico.

Con sustento en esas elucidaciones la Corte, en sentencia del 14 de octubre de 1994, concluyó que “sin voluntad de testar no hay testamento; y que, si el otorgado por quien se encuentra incurso en una inhabilidad legal, o fue víctima de la fuerza para el efecto ‘es nulo’ (C.C., arts.1062 y 1063), con mucho mayor razón es igualmente nulo el testamento atribuido a una persona que jamás le otorgó”. (CSJ SC de 29 de sept. de 2006 Rad. 1999-08180-01).

4.6. En este orden de ideas la prueba del acatamiento de las formalidades *ad substantiam actus* que se requieren para la validez del testamento, especialmente la referida a la exteriorización de la voluntad del testador, debe emerger del contenido mismo de la escritura pública contentiva de la memoria póstuma y no de otros elementos probatorios, puesto que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1075 inciso segundo del Código Civil, «Si el testador no supiere o no pudiere firmar, se mencionará en el testamento esta circunstancia, expresando la causa», de manera que de no aparecer la firma o

la mención de que no sabe o no puede firmar y la causa de ello, esa ausencia habilita la declaración de nulidad absoluta.

Si esto es así, en los eventos en que el otorgante no sabe o no puede firmar, alguien debe hacerlo en su nombre mediante la denominada firma a ruego, que autoriza el citado artículo 1075 del C.C., en armonía con el artículo 39 del decreto 960 de 1970; disposición última que a la letra dice: *«Si alguno de los otorgantes no supiere o no pudiese firmar, el instrumento será suscrito por la persona a quien él ruegue, cuyo nombre, edad, domicilio e identificación se anotarán en la escritura. El otorgante imprimirá a continuación su huella dactilar de lo cual se dejará testimonio escrito con indicación de cuál huella ha sido impresa».*

De acuerdo con la mentada disposición, en materia testamentaria puede decirse, que la firma a ruego es la que, a petición del rogante, estampa otra persona en lugar de aquel, debido a alguna circunstancia impeditiva, cuya causa, se reitera, debe quedar plasmada claramente en el documento por parte del respectivo notario que presencie el acto, en virtud de la función notarial que se le ha encomendado, como guardador de la fe pública, que confiere autenticidad a las declaraciones que ante él se rinden o de lo que el mismo presencia, puesto que:

El ejercicio de la atribución con la que el Estado ha investido a algunos particulares para dar fe de los actos y acuerdos celebrados en su presencia o con su autorización y de los hechos que haya conocido corresponde a la denominada función notarial, cuya finalidad es la de satisfacer la necesidad de la comunidad de adquirir certeza sobre la existencia y contenido de los mismos. Su desarrollo lleva implícita la fe notarial, reconocida por el ordenamiento jurídico y fundamentada en la confianza general o

popular en el notario y en las actividades adelantadas por él, lo cual explica que sus actuaciones merezcan sin más plena credibilidad. En efecto, acorde con el artículo 1°, inciso 2°, de la ley 29 de 1973, "la fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece".

La facultad de dar fe se caracteriza por ser de interés general, pues responde a la conveniencia colectiva de amparar con la presunción de veracidad los actos, hechos y negocios de los cuales deba dar cuenta el fedatario, como persona legitimada para hacerlo, todo con el propósito de dotar a la comunidad de documentos que constituyan plena prueba de los mismos y de infundir por esa senda seguridad y certidumbre a los interesados sobre su real existencia y de que al contar con ese calificado medio probativo podrán hacer efectivas las diversas prerrogativas. Su trascendencia en el desenvolvimiento de la actividad económica y del tráfico bienes y servicios es innegable, por cuanto "hace que el notario sea depositario de la credibilidad plena de la comunidad, pues recurriendo a él se obtiene la garantía de autenticidad en la expresión y actuación jurídica de todo ciudadano" (G.J., t. CLXXXVI, 2ª parte, vol. 2, pág. 1180). (CSJ SC de 13 de oct. de 2006 Rad. 2000-00512)

Fluye de lo indicado, que para la eficacia de la firma a ruego en el testamento abierto ante notario basta con que en el acto testamentario (i.) aparezca la huella dactilar del otorgante (ii.) la signatura del tercero a ruego y (iii.) la atestación de fe del notario de la causa de ese hecho, dentro del contenido del documento.

4.7. En otros términos, la firma del testamento deberá aparecer en el instrumento que lo contenga, bien directamente por el testador ora por un tercero, en virtud de una firma a ruego, al darse alguna de las causas legales que habilitan ésta, de lo cual se deberá dejar expresa constancia, so pena de nulidad absoluta, habida cuenta que es a partir

de esta signatura que el testador exterioriza esa manifestación de voluntad que pretende se haga efectiva después de sus días, confiriendo con ello conformación y veracidad al documento, amen que la falta de firma no se encuentra dentro de aquellas formalidades que el artículo 11 de la ley 95 de 1890¹, expresamente indica que su eventual omisión por excepción no origina la nulidad del acto; y, de ser necesario acudir a la firma a ruego, deberá el notario dejar expresa constancia de ese hecho y la causa que lo motiva.

5. La decisión opugnada se focalizó en la escritura pública contentiva de la memoria testamentaria del señor Manuel Gómez, en la cual advirtió el Tribunal la omisión del requisito formal *ad substantiam actus* referente a la firma del testador; en parte alguna discierne el juzgador *ad quem* si fue o no querer de aquél instituir a su sobrina Julia Gómez como su heredera universal, sino que para ese cometido no atendió debidamente las exigencias formales para la validez del acto en que se pretendía plasmar dicha manifestación de voluntad, mientras que la impugnante se esfuerza por hacer ver la prevalencia de la voluntad de aquél, cosa que, se itera, no fue discutida ni puesta en tela de juicio por la corporación de segundo grado.

¹ Dice el precepto: ARTÍCULO 11 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.

Con todo, cuando se omitiere 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 testados notario o testigo.

El presente artículo reemplaza al 1083 del Código Civil.

En otras palabras, la determinación anulatoria del Tribunal estuvo soportada en la ausencia de la firma del testador, como formalidad esencial del testamento, al aparecer únicamente su huella dactilar y la firma de un tercero, que se dice *«firma a ruego»*, sin que en parte alguna *«se diga que no sabe o no puede firmar y por qué razón no puede hacerlo»*, cuya omisión ante la naturaleza solemne del testamento genera que *«se tenga por inválido»*; en tanto que el recurrente, cuestiona que se desconozca que *«la voluntad del testador Manuel Gómez (q.e.p.d.) se encontraba plenamente demostrada por el acto testamentario (...) y, además, ratificada»* con las distintas manifestaciones que hicieron los declarantes que fueron citados al juicio, desconociendo el deber que tiene el juzgador de *«buscar la prevalencia de la voluntad extendida por el otorgante testamentario... para preservar la integración material de la libertad de uso y abuso de la propiedad... inclusive, la interpretación de los actos y negocios jurídicos como fuentes de obligaciones»*.

5.1. Conforme lo expuesto líneas atrás, resulta irrefutable que ningún yerro puede atribuirse al juzgador, cuando infiere que ante la ausencia de firma del testador y de la constancia notarial que dé cuenta del por qué un tercero firma a ruego en su nombre, en desatención de las previsiones de los artículos 1075 del Código Civil y 38 y 39 del Decreto 960 de 1970, genera la invalidez del testamento contenido en la escritura pública número 0456 de 17 de marzo de 2008, puesto que de un lado no desatendió las previsiones del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, habida consideración que para arribar a esa conclusión confirió a la escritura pública que contiene el acto

absoluto de las formalidades *ab substantiam actus* que de ese acto se exige, específicamente la signatura del otorgante directamente o del tercero que firma a ruego, en este último evento con las solemnidades propias de dicha figura; además se refirió a las restantes pruebas en las que descansaron sus conclusiones, las que de suyo fueron fruto de la apreciación racional que de ellas efectuó, sin que luzcan caprichosas, absurdas o contrarias a la realidad.

No es de recibo el reparo, referente al desconocimiento por parte del tribunal de la voluntad del testador de instituir a Julia Gómez como heredera, y que se dice emerge de la apreciación conjunta de las pruebas arrimadas al juicio, puesto que, aunque la jurisprudencia de la Corte propende por hacer efectiva dicha voluntad, ha sido igualmente enfática en señalar la invalidez absoluta del testamento cuando no se satisfacen las formalidades esenciales, como lo es, precisamente, la firma del otorgante, y que fue la omisión que halló configurada el tribunal, habida cuenta que sólo aparece plasmada su huella dactilar y la firma de un tercero que dice signar a ruego, pero no existe la atestación notarial del motivo por el cual se acudió a ésta, sin que tal falencia se pueda considerar suplida por la manifestación que el propio testador hiciera de *fallarle la vista*, como tampoco el recurrente desvirtuó como correspondía dicha conclusión, dejando así indemne la presunción de acierto que ampara la decisión censurada.

6.- En el último reproche se cuestiona la determinación de invalidez adoptada en la segunda instancia, por haberse

desconocido el contenido de la escritura pública 0456 que guarda el testamento del señor Manuel Gómez, en el cual éste, al señalar que le fallaba la vista, puso de presente su imposibilidad para poder firmar, como exige el artículo 1075 inciso segundo del Código Civil, sin que dicha norma aluda *«un lugar o anotación específica dentro del texto del acto testamentario»*, así como no valorar integralmente los testimonios que se recaudaron, particularmente el del firmante a ruego, Iván Cely Cely, quien declaró que, efectivamente, la firma allí existente es la suya, que impuso a solicitud del testador y autorizado por la Notaria, por lo que, en su decir, *«no alcanzó a configurar un juicio apegado a la comprobada realidad»*, restando valor a la voluntad irrestricta del testador y la memoria testamentaria contenida en el instrumento acusado de nulidad absoluta.

La mentada reseña deja en evidencia que el casacionista cuestiona el desconocimiento por parte del tribunal de los artículos 252, 253, núm. 2°, 254 y 265 todos del Código de Procedimiento Civil, sin acreditar la forma como aquél desconoció tales normativas, toda vez que en su reparo identifica y menciona los medios de prueba que, según su criterio, demuestran, la eficacia de la *«firma a ruego»* que figura en el testamento contenido en la escritura pública 0456 de 2008 como del señor Manuel Gómez, sin controvertir en modo alguno la eficacia probatoria que se reconoció al instrumento público del cual se extrajo la omisión formal que generó su invalidez.

A más de lo anterior, el impugnante pretermite u omite explicitar los aspectos de coincidencia hallados entre los distintos medios probatorios que enuncia, que de manera manifiesta u ostensible revelen que es errada la conclusión del Tribunal, concerniente al incumplimiento de las formalidades expresas que establecen los artículos 1075 del C.C. y 39 del decreto 960 de 1970, para que esa signature que hiciera el señor Iván Cely Cely pudiera válidamente tenerse como firma a ruego de Manuel Gómez, cumpliendo de esta manera el requisito de la signature por el testador, que como formalidad *ad substantiam actus* exige el legislador.

Esto, porque el acervo probatorio revela que el señor Manuel Gómez sí sabía firmar, pero en la escritura pública número 0456 de 17 de marzo de 2008, no se encuentra la atestación notarial de que no pudiera hacerlo y la causa de ello, desatendiendo las exigencias que al respecto imponen las normas en cita.

No se desconoce que en la memoria impugnada aparece consignado que el testador manifestó que para ese momento le fallaba la vista, pero esta problemática, por demás usual en las personas de avanzada edad, no constituye *per se* causa impeditiva para signar documentos, por lo que la misma no justifica la ausencia de firma, ni la firma a ruego, máxime que si aquello era de tal magnitud que le impidiera leer por sí mismo el contenido del instrumento, hubiera hecho imperativa su lectura por dos (2) veces en la forma que

impone el artículo 1076 del Código Civil, lo que no se hizo, circunstancia que también constituye causal de nulidad y que de suyo fue reclamada en la demanda.

Igualmente se constata, que a pesar de citar algunas probanzas y resaltar fragmentos de su contenido, complementados con reflexiones acerca de su entendimiento, para argumentar que *«el Tribunal no alcanzó a configurar un juicio apegado a la realidad comprobada, restando valor a la voluntad irrestricta del testador y la memoria testamentaria...»*, es evidente que las razones aducidas aluden simplemente a planteamientos de su propia apreciación probatoria, pero no desvirtúan las deducciones en que el juzgador sustentó la omisión de los requisitos formales para la validez del testamento, olvidando que cuando se confuta la decisión por error de derecho *«es necesario que explique en qué consistió la infracción de la norma probatoria, labor que se cumple ilustrando con toda puntualidad el contraste entre lo que manda o prohíbe el precepto en cuestión y lo que en contra de éste acabó haciendo el sentenciador.* (CSJ SC de 28 de jun. de 2012, Rad. 1100131030302008-00211-01).

6.1. Deviene de lo dicho, que no se construye la argumentación necesaria que permita sostener que con la valoración conjunta de las citadas probanzas las conclusiones del Tribunal, referentes a la necesidad de que se cumplan a cabalidad las directrices que contienen los artículos 1075 del Código Civil y 38 y 39 del decreto 960 de 1970, para que una firma al ruego supla la signatura del testador en cuya ausencia se tenga como no firmado, como

presupuesto esencial para la validez del testamento, dejando así incólume la presunción de acierto que ampara la decisión impugnada.

7. Consecuente con ello los cargos planteados en la impugnación resultan imprósperos.

IV. 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 31 de enero de 2014, proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, dentro del proceso ordinario de **Gabriel Adame Gómez** contra **Julia Gómez**.

Costas a cargo de la parte recurrente. Conforme lo previene el artículo 365 del Código General del Proceso, se fija por concepto de agencias en derecho la suma de \$6.000.000.00, atendiendo, además, que la parte actora hizo presencia en este trámite, dando respuesta al recurso.

Notifíquese y devuélvase


LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de Sala



MARGARITA CABELLO BLANCO



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Salvo parecermente voto.