

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CUNDINAMARCA
SALA CIVIL – FAMILIA**

Bogotá D.C., septiembre veintisiete de dos mil veintitrés.

Magistrado Ponente : JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Radicación : 25-297-31-84-001-2022-00026-01
Aprobado : Sala No. 26 del 7 de septiembre de 2023.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 15 de marzo de 2023 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Gachetá.

ANTECEDENTES

1. Jaime Antonio, Alfonso y José Marco Antonio Cárdenas Monroy demandan a sus hermanos Joaquín Heliodoro, Elvia Aurora, Álvaro Abdón, Noé de Jesús, Fabio Elí y Reina Elisa Cárdenas Monroy, y a su sobrina Hiam Youlany Hussein Cárdenas, pretendiendo se declare que tienen los actores vocación hereditaria para suceder en concurrencia con los demandados a su hermano Darío Ignacio Cárdenas Monroy; por derecho de representación de su fallecida madre Vicenta Monroy Cárdenas, que se ordene la reforma de la partición herencial recogida en la escritura 13 de 27 de enero de 2022 de la notaría de Junín, se declare ineficaz ese acto y se condene a los demandados a restituir a la sucesión ilíquida del causante los bienes que les fueron adjudicados, junto con los frutos civiles y naturales desde el momento de la muerte de su hermano hasta que se efectuó la correspondiente restitución, se cancele en los folios de matrícula inmobiliaria de los bienes relictos el registro de la adjudicación herencial y todos los actos de transferencia de propiedad o gravámenes al dominio realizados luego de la inscripción de esta demanda y se condene en costas a los demandados.

Relatan que Vicenta Monroy de Cárdenas es la madre de los hermanos demandantes y de los hermanos demandados hermanos, entre sí, al igual que del causante Darío Ignacio Cárdenas Monroy, hermano de unos y otros, quien el día 17 de noviembre de 2017 compareció a la notaría de Gachetá a objeto de otorgar testamento abierto y en el escrito que presentó señaló “que era la voluntad dejar sus bienes al momento de su fallecimiento así: un veinte por ciento (20%) a mi sobrina Hian Youlany Hussein Cárdenas y el restante ochenta por ciento (80% se repartirá en partes iguales para cada uno de mis siguientes hermanos: Álvaro Abdón, Joaquín Heliodoro, Elvia Aurora, Noé de Jesús, Fabio Elí y Reina Elisa Cárdenas Monroy”, para dicho momento aún se encontraba con vida su madre Vicenta Monroy de Cárdenas, quien falleció el 9 de febrero de 2021.

Por la regulación legal vigente al momento de emitir el testamento Darío Ignacio Cárdenas Monroy tenía una única legitimaria su progenitora Vicenta Monroy de Cárdenas y ello le imponía respetar en la distribución de sus bienes el artículo 1242 del Código Civil.

El testador falleció en Bogotá el 5 de abril de 2019, siendo asiento principal de sus negocios el municipio de Gachetá era soltero y no procreó descendencia, dejó como bienes relictos un inmueble casa-solar con matrícula inmobiliaria 160-7668 de la O.R.I.P. de Gachetá y una casa lote con matrícula inmobiliaria número 160-30599 de la O.R.I.P. de Gachetá.

Con escritura pública 13 de 27 de enero de 2022 elevada en la notaría de Junín, municipio que no era el último domicilio del causante, los demandados tramitaron el proceso de sucesión testamentaria de Darío Ignacio Cárdenas Monroy, cumpliéndose lo por aquel dispuesto en el referido testamento, con desconocimiento de lo normado en el artículo 1242 del Código Civil, pues se dejó sin adjudicación a los demandantes, herederos por derecho de representación de quien era la única legitimaria, Vicenta Monroy de Cárdenas madre de ellos y del causante.

2. Trámite.

La demanda se admitió con proveído del 21 de abril de 2022¹ y notificados los demandados, contestaron a través de un mismo escrito y apoderado, oponiéndose a las pretensiones y excepcionando de mérito:

(i) Inexistencia de legítimas rigurosas al momento de liquidarse la sucesión.² Señalan que al momento de efectuarse la liquidación de la herencia ya no existían legitimarios y por ello podía realizarse el reparto respetando la voluntad testamentaria, pues no son los hermanos legitimarios.

(ii) Falta de representación en los ascendientes. Que no regula la ley el derecho de representación para los ascendientes, como se desprende del numeral 1° del artículo 1240 del C.C.

(iii) Validez del testamento. Pues al no ser los hermanos del causante sus legitimarios, estos carecen de legitimación en causa activa y tampoco tiene legitimación en causa pasiva Hiam Youlany Hussein Cárdenas, sobrina del causante, quien no es heredera porque su progenitora Reina Elisa Cárdenas Monroy está viva y la excluye.

Los actores recorren el traslado insistiendo en que el testamento soporte de la partición atacada se otorgó desconociendo los derechos de la madre del testador y que al estar viciado el testamento se afecta consecucionalmente la sucesión notarial, pues se edificó en un testamento irregular e ilegal.³

El 15 de diciembre de 2022 se surtió la audiencia inicial del artículo 372 del C.G.P., y en sesiones del 20 de enero, 22 de febrero y 15 de marzo de 2023 la audiencia de instrucción y juzgamiento del artículo 373 ídem, en ellas, se practicaron las pruebas, entre estas las testimoniales ordenadas de oficio, las partes presentaron alegatos de conclusión y se profirió sentencia que puso fin a la instancia y que es objeto de esta alzada.

3. La sentencia apelada.

La jueza declaró nulo el testamento emitido por Darío Ignacio Cárdenas Monroy el 18 de octubre de 2017 y como consecuencia nula la partición y adjudicación de bienes realizada con base en el mismo, recogida en la escritura pública 13 del 27 de enero de 2022 de la notaría de Junín.

Con soporte en esa declaración, dijo acceder a las pretensiones de la demanda, declaró que los demandantes eran herederos en la sucesión de su hermano, ordenó la cancelación de la inscripción de la partición en los folios de registros de los inmuebles, que los demandados restituyeran los bienes adjudicados a la masa herencial, así como los frutos causados por aquellos y realizar una nueva partición que incluya a los herederos demandantes “o tramitar la sucesión teniendo en cuenta a dichos herederos dentro del orden sucesoral que les corresponde para este momento”.

Expuso que los registros civiles daban cuenta que Darío Ignacio Cárdenas Monroy había fallecido el 5 de abril del 2019 sin dejar descendencia y su padre Marco Antonio Cárdenas Monroy finó el 9 de agosto de 1994; pero su progenitora Vicenta Monroy de Cárdenas sólo falleció el 9 de febrero de 2021 y conforme con lo dispuesto en el artículo 1046 del Código Civil al morir su hijo tenía ella la condición de heredera y derecho a la legítima, pero no fue así considerada en el testamento emitido.

Pasó a revisar el testamento, incorporado en la escritura de liquidación herencial, para verificar su validez y encontró que se trataba de un escrito privado presentado al notario para su autenticación, que en principio cumplía uno de los requisitos del artículo 1070 del Código Civil para el testamento solemne; pero que éste debía otorgarse ante el notario y 3 testigos y que en el caso, los testigos que aparecen firmando el documento no se hicieron presentes en la notaría al

¹ Fls.013 de la carpeta digital 01PrimeraInstancia

² Fls.018 de la carpeta digital 01PrimeraInstancia

³ Fls.030 de la carpeta digital 01PrimeraInstancia

momento de firmarse por el causante el documento, que así lo declararon aquellos al ser oídos en curso del proceso como testigos, bajo juramento declararon que ninguno de ellos había asistido a la notaría y que por ello, el acto no se elevó a escritura pública.

Que en su declaración la notaria de Gachetá afirmó que ella le explicó al testador y a su hermano, cuando fueron a consultarle, cuál era el procedimiento para emitir el testamento, abierto o cerrado y se negaron a realizarlo conforme a sus indicaciones.

Expuso la jueza que el causante en su testamento escrito no consideró a su madre que era su legitimaria y que aunque varios de los testigos oídos dijeron que quedaron los beneficiarios de la memoria encargados del sostenimiento de la aquella con los bienes recibidos, ello no quedó así consignado en el testamento y que quienes eran beneficiarios no podían ser testigos de la emisión de un testamento o sus modificaciones.

Que carece el testamento del señalamiento del domicilio del causante y los testigos, debía expresar el nombre apellido del testador, el lugar de nacimiento, la nación a la que pertenece, si esta vecindado en un territorio, el lugar de su domicilio, edad, hallarse en entero juicio, los nombres de su cónyuge y sus legitimarios; y como ello no ocurrió no podía considerarse el emitido como un testamento formal.

No era un testamento privilegiado porque no se acreditó que estuviere el testador en peligro inminente, ni dentro de alguna de las circunstancias previstas en los artículos 1087, 1091, 1098 del Código Civil, ni un testamento de guerra, ni militar, no se emitió abordo de un buque; y que al no ser un testamento solemne, debió ser ratificado dentro de los 30 días siguientes a la muerte del emisor y ello no se hizo, pues el documento se escondió.

Considera el a-quo que las solemnidades del testamento abierto o cerrado configuran requisitos de existencia y validez del acto y que sin el cumplimiento de la forma legal el testamento no nace a la vida jurídica, que así lo dispone el artículo 1083 del código civil, lo que conducía a negar la excepción de validez del testamento y daba paso al decreto de su nulidad; que el demandado había realizado la verificación de validez al plantear la excepción y el demandante la reclamaba al pretender la invalidez de la escritura contentiva de la partición herencial.

Concluyó que la adjudicación de bienes recogida en la escritura pública No. 13 del 27 de enero de 2022 se realizó con un acto de voluntad nulo y que, como lo consecuencial sigue la suerte de lo principal, debía el acto notarial anularse pues el demandante pidió se declararan ineficaces los actos de partición y adjudicación del proceso de sucesión de Darío Ignacio Cárdenas Monroy y fue ello objeto de excepciones al referirse aquella a la validez del testamento.

Que de allí se derivaba que tenían los demandante vocación hereditaria y deberían todos los hermanos, demandantes y demandados participar en un nuevo reparto como herederos por derecho de representación de su progenitora.

4. La apelación.

Los demandados se muestran inconformes con la valoración probatoria y la normativa aplicada, afirman que se quebrantó el principio de congruencia, que con la demanda no se presentó documento alguno que pruebe la nulidad del testamento ni se solicitó como pretensión que se hiciera tal declaratoria y que no correspondía al juez declarar aquello que no se le ha pedido.

Que debió observarse el principio de congruencia, mantener el nexo causal entre los hechos soporte del reclamo, las pretensiones elevadas y las resoluciones de la sentencia, no podía otorgarse más de lo pedido ni cosa distinta de la reclamada con soporte en hechos que no fueron planteados en el debate, que es la congruencia una garantía del derecho de defensa de las partes que limita el sentenciamiento a lo que fue objeto del reclamo.

No se pretendió en la demanda la declaración de nulidad de un testamento que ya produjo efectos jurídicos, creó unas obligaciones y generó una partición y adjudicación de bienes

conforme a la ley, que se plasmó en una escritura pública que cumplió las reglas protocolarias, soportado en ese inicial testamento que tiene plena vigencia, no fue tachado de falso, ni ha sido objeto de un proceso para que se le declare nulo.

Que se demandó la declaratoria de ineficaces de los actos de partición y adjudicación de bienes del causante Darío Ignacio Cárdenas Monroy, dejando incólume el testamento que sigue produciendo efectos jurídicos y que, antes de adelantarse la petición de herencia debió haberse alcanzado la declaratoria de nulidad del testamento, para luego, sin efectos jurídicos el testamento, poderse adelantar esta acción. Por ello, el fallo emitido fue extrapetita, rompió el principio de congruencia del artículo 281 del C.G.P. y ello impone la revocatoria de la decisión.

En curso de la segunda instancia los demandantes pidieron se declarara desierto el recurso de apelación pues el extremo demandado no sustentó ante el Tribunal su apelación; pedimento que no se atiende, pues como se expuso en el auto que admitió la alzada, en este caso, el demandado en la audiencia en que se emitió la sentencia apelada, hizo una exposición de los reparos que tenía contra la decisión que recurría con un sustento argumentativo de aquellos con entidad tal que permitió considerar que desde dicho momento estaba sustentado el recurso de apelación interpuesto, ello en atención a la jurisprudencia imperante de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia⁴, por lo que se advirtió en el auto admisorio, que no fue recurrido por los demandantes, que sería suficiente lo dicho ante el a-quo para considerar cumplida la carga de sustentación del recurso, de no presentarse ante esta instancia un nuevo escrito sustentatorio.

Se pasa a resolver el recurso de apelación de la parte demandada, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

1. El análisis se inicia con observancia de las restricciones que la ley procesal le impone al adquem, derivadas del contenido del artículo 320 del C.G.P., que señala que el recurso de apelación “tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”, y que, conforme lo dispone el artículo 328 del C.G.P., el juez de segunda instancia tiene una competencia limitada a la definición de la alzada, que éste “deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio”.

Establecidos están los presupuestos procesales, de necesaria concurrencia para el proferimiento de una decisión de mérito, la competencia del juzgado que conoció en primera instancia por la naturaleza del asunto y el domicilio de los demandados y de este Tribunal por ser su superior funcional. Demandantes y demandado son personas naturales y mayores de edad, tiene por su existencia capacidad para ser parte y por su mayoría capacidad para comparecer, y la demanda reunió los requisitos formales que permitieron su admisión.

2. La pretensión de petición de herencia.

Otorga el artículo 1321 del código civil a todo aquel que pruebe su derecho a una herencia que esté ocupada por otra persona en calidad de heredero y frente al cual se tiene mejor o igual derecho en el reclamo herencial, la facultad de solicitar que se le adjudique aquella, en concurrencia con aquél o excluyéndolo y, con ello, la restitución de las cosas que conformaban la masa sucesoral sus aumentos y frutos proporcionales de los bienes relictos, en un nuevo reparto que será compartido o excluyente.

Se tiene entonces que “...la petición de herencia se consagra por la ley para perseguir con ella una universalidad jurídica- el patrimonio del causante –por parte de quien siendo heredero suyo no tiene la ocupación de la herencia. Es entonces, acción de carácter general, propia del heredero, no transmitida por el de cuius sino personal de aquél, que tiene como sujeto pasivo a quien diciéndose heredero tiene o pretende la herencia y, que, como ya se dijo, existe con el objeto de obtener la tutela jurisdiccional del derecho hereditario sobre el patrimonio del causante, ya porque el actor alega y demuestra ser un heredero único, concurrente o de mejor derecho que el ocupante de ella”⁵

⁴ Corte Suprema de Justicia STC-2453-2023 de marzo 17 de 2023.M.P. Octavio Tejeiro Duque. 1001-02-03-000-2023-00934-00

⁵ Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de julio 12 de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianneta.

Se señala indispensable para que se abra paso el reclamo, que exista una discusión en torno a la calidad de heredero entre quien demanda y su demandado, cuestión propia del derecho familiar que es, en últimas, lo que se pretende hacer valer pidiendo que prevalezca un orden sucesoral sobre otro bien, o bien, la concurrencia en el reparto de otro heredero del mismo orden hereditario, porque el demandante fue pretermitido en el reparto inicial por quien es demandado.

Es ella una pretensión real, no por la naturaleza de los bienes materia de la herencia sino porque se considera la herencia un derecho real (Art. 665 C.C.), y de orden patrimonial, pues no solo está en juego la calidad de continuador de la personalidad jurídica del causante que se reclama, sino la de obtener un nuevo reparto en que, previa cancelación de la partición anterior, se haga una nueva adjudicación excluyente o compartida de los bienes relictos, que comportará, la transferencia del dominio y la entrega a sus adjudicatarios.

3. La solución de la alzada.

3.1. Debe descartarse de entrada la falta de legitimación en causa activa y pasiva que formularon como tercera excepción de mérito los demandados y que se estudia como primer punto pues su ausencia conllevaría una sentencia desestimatoria de las pretensiones.

Según concepto de Chiovenda la legitimatio 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).

Entendido el vocablo acción, no en el sentido técnico procesal, derecho subjetivo público de toda persona para obtener la aplicación de la ley a un caso concreto que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de 'pretensión', o reclamo que se ejercita frente al demandado.

Claro es que la legitimación en causa no es presupuesto para el ejercicio del derecho de acción, sino requisito indispensable para el proferimiento de una sentencia de mérito⁶; lo que impone su obligatoria consideración al juez al momento de fallar; es ella la identidad que debe darse entre los sujetos que son parte de la relación o relaciones jurídico sustanciales que en el proceso se definen y de quienes acuden al trámite procesal, como sujetos de la relación jurídico procesal o partes del proceso.

Por cuanto “*el juzgador debe verificar la legitimatio ad causam con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular.*”⁷

La legitimación en causa es entendida entonces como la identidad entre los sujetos de la relación jurídico procesal y aquellos que integran la relación jurídico sustancial debatida, es asunto que toca con el derecho sustancial y busca que el reclamo de justicia sea presentado por la persona que conforme al derecho esté facultado para pedirlo y frente a quien, por mandato legal, sea llamado a contestarlo.

La legitimación viene determinada o bien por la ley, cuando el legislador ha señalado de antemano quienes son los llamados a conformar los extremos de la litis, o se desprenderá de la relación sustancial debatida, cuyo contenido permitirá determinar quiénes deben ocupar los extremos del litigio.

3.1.1. La legitimación en causa activa y pasiva en la pretensión elevada la señala la ley, es el artículo 1321 del C.C. el que faculta a “el que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como incorporales...” Es decir, la posibilidad de elevar el reclamo se reserva a quien sea heredero del de cuyos cuya sucesión se tramitó sin su presencia, teniendo él un derecho a heredar en concurrencia con quienes adelantaron la sucesión o excluyéndolos

⁶ Carlos Ramírez Arcila. Teoría de la acción. Pág.229.

⁷ C.S.J. Sala de Casación Civil, Sentencia de julio 1º de 2008. Exp. 11001-3103-033-2001-06291-01

por ser heredero de mejor derecho, siendo los herederos adjudicatarios los legitimados en causa pasiva para recibir el reclamo.

Así lo precisa la jurisprudencia:⁸ *“En lo tocante con el interés de quien gestiona una acción de petición de herencia, la Sala tiene dicho que debe seguirse la misma regla aplicable a todos los derechos reales: “Puede ejercitarla quien sea el titular del correspondiente derecho: verbi gratia, en el de dominio el propietario, y en el de la herencia el heredero; cosa en la que quiso ser explícita la ley, pues para éste último dispuso en el artículo 1321 atrás mencionado: (...) ‘El que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias...’ (resaltase deliberadamente). (...) Que es acción que sólo corresponde al heredero lo tiene suficientemente definido la jurisprudencia, como que en muchas oportunidades ha expresado que ‘es la que confiere la ley al heredero de mejor derecho para reclamar los bienes de la herencia ocupados por otra persona, que también alega título de heredero. Es, pues, una controversia en que se ventila entre el demandante y el demandado a cuál de ellos le corresponde en todo o en más parte el título de legítimo sucesor del causante en calidad de heredero, y, de consiguiente, la universalidad de los bienes herenciales o una parte alicuota sobre estos. Por consiguiente, la cuestión de dominio de los bienes en esta acción es consecencial y enteramente dependiente de la cuestión principal que allí se discute sobre la calidad de heredero’ (XLIX, 229; LXXIV, 19). Hace dicho, en trasunto, que ‘es la calidad de heredero en que se apoya el demandante, controvertida por el demandado heredero, lo que constituye la cuestión principal de esta especie de acción’ (LII, 660) (CSJ, SC del 20 de mayo de 1997, Rad. n.º 4754; se subraya).*

3.1.2. Debe entonces definirse si prueban los hermanos demandantes Jaime Antonio, Alfonso y José Marco Antonio Cárdenas Monroy la condición de herederos pretermitidos en la sucesión de Darío Ignacio Cárdenas Monroy fallecido el 5 de abril del 2019 sin dejar descendencia y si la acción la podían dirigir por tener mejor o igual derecho contra sus demandados herederos testamentarios y adjudicatarios hermanos Joaquín Heliodoro, Elvia Aurora, Álvaro Abdón, Noé de Jesús, Fabio Elí y Reina Elisa Cárdenas Monroy, y su sobrina Hiam Youlany Hussein C.

La prueba documental allegada, registros civiles de nacimiento y de defunción permite dejar sentado que es Vicenta Monroy de Cárdenas la madre de los hermanos demandantes y de los hermanos demandados, lo que no se discute en el proceso, que son unos y otros hijos de aquella.

Asimismo está demostrado que los demandados, hermanos y sobrina del causante, como asignatarios en la memoria testamentaria que fue considerada válida para adelantar el trámite notarial de adjudicación herencial, recogido en la escritura pública 13 de 27 de enero de 2022 elevada en la notaría de Junín, ocupan como herederos la herencia del causante Darío Ignacio Cárdenas Monroy fallecido el 5 de abril del 2019 y, con ello, están legitimados en causa pasiva para ser demandados en petición de herencia, atendiendo la doctrina jurisprudencial antes citada y el prolegómeno que del tema se hizo en antecedencia.

En lo que corresponde a la legitimación en causa de los demandantes para reclamar a sus hermanos y sobrina herederos testamentarios el derecho a participar en concurrencia con los hermanos y excluyendo a la sobrina en el reparto herencial, también se encuentra acreditada.

Está probado que Darío Ignacio Cárdenas Monroy el día 17 de noviembre de 2017 autenticó en la notaría de Gachetá un documento de un folio en donde expresaba su testamento, que su defunción de dió el 5 de abril de 2019 y que al momento de fallecer sobrevivía su madre Vicenta Monroy de Cárdenas quien muere años después, el 9 de febrero de 2021.

La muerte del causante genera la apertura de la sucesión y la delación de la herencia, determinando que ley rige la sucesión y el valor de las cláusulas testamentarias, la incapacidad o indignidad de los herederos o asignatarios, las legítimas, las mejoras, porción conyugal y desheredamiento.

Mientras que el momento de emitirse el testamento determina la normativa la llamada a regular las solemnidades externas a que debe someterse su expedición, que son las normas vigentes a dicho momento, sus disposiciones o contenido del testamento están subordinadas a la ley vigente en la época en que fallezca el testador, (art. 1012 y 1013 del C.C. y art. 34 y 35 ley 153 de 1887).

⁸ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil M.P. Álvaro Fernando García Restrepo bajo el radicado No 05001-31-10-008-2008-00426-01 del 6 de octubre de 2015.

Conforme al artículo 1240 del C.C. en redacción de la ley 29 de 1982 vigente para el momento de la muerte del causante, el 5 de abril de 2019, son legitimarios: “1. Los hijos legítimos, adoptivos o extramatrimoniales, personalmente o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial. 2. Los ascendientes. 3. Los padres adoptantes 4. Los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple”.

La legítima es “*la cuota mínima de la herencia reservada por la ley a ciertos herederos ab-intestato que se denominan legitimarios*” en cualquier sucesión en la que concurren legitimarios la ley les asigna a estos la mitad de la herencia, y frente a los alcances de la legítima se señala que: “*El derecho del legitimario a su cuota emana de la ley, la voluntad del difunto es impotente para eliminarla o cercenarla. Por ese carácter que tiene la legítima, al par que representa una limitación de la facultad de testar, constituye también una verdadera asignación ab-intestato.*”

3.1.3. Es Indiscutible que como al momento de fallecer Darío Ignacio Cárdenas Monroy, 9 de febrero de 2021, no dejó descendencia, su herencia habría de ser distribuida en el segundo orden hereditario, pues en redacción de la reforma al Código Civil de la entonces vigente ley 29 de 1982, el artículo 1046 rezaba que: “Si el difunto no deja posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, sus padres adoptantes y su cónyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabezas.”

Y como la herencia del causante hijo estaba llamada a ser repartida en el segundo orden hereditario, porque al momento de su delación le sobrevivía su progenitora que es su legitimaria, la mitad del acervo herencial debería ser adjudicada a su legitimaria por ser ello una disposición legal que no podía desconocer el testador.

3.1.4. Entonces, siendo los demandantes descendientes de la heredera y legitimaria del causante Vicenta Monroy de Cárdenas quien falleció el 9 de febrero de 2021, por transmisión herencial tienen, al igual que todos los demás hijos de aquella, el derecho de participar en el reparto herencial de los bienes de su causante hermano, pues los bienes que son masa herencial de aquél, hacen parte de la herencia que les dejó su difunta madre al fallecer.

Puesto que, por el derecho de transmisión herencial si un heredero fallece antes de haber ejercido el derecho de opción, vale decir, después de habersele deferido la herencia y sin haber manifestado si acepta o repudia la asignación, les trasmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar la herencia o el legado que le fue deferido, aun cuando fallezcan sin saber que se le había deferido la herencia, según lo regula el artículo 1014 del C.C.

Situación que es la que en el caso acontece, pues la sucesión del causante hijo se tramitó luego de la muerte de la su madre, sin que ella hubiere aceptado ni repudiado su herencia, luego tienen todos los hijos de aquella el derecho a heredar a su hermano, como sucesores de su madre legitimaria a quien se pretermitió en el testamento.

Lo que permite concluir que si están legitimados en causa activa los acá demandantes, herederos de Vicenta Monroy de Cárdenas, para demandar en petición de herencia a quienes adelantaron la sucesión de su hermano Darío Ignacio Cárdenas Monroy y sin incluir a su madre se hicieron adjudicar sus bienes, pues al ser ella legitimaria del *de cuius* pueden los demandantes, como sucesores de esa legitimaria pretermitida, pretender ser reconocidos como herederos en la sucesión de su hermano Darío Ignacio, porque la herencia de este es a la vez, un derecho más de los que adquieren en la sucesión de su causante madre.

3.2. En segundo lugar, se debe definir el punto central del reparo de los apelantes demandados, inconformes con la declaratoria de nulidad del testamento que hiciera el juez en su fallo y que consideran vulnera el principio de congruencia.

3.2.1. En lo que corresponde al invocado principio “*Cumple recordar que la congruencia de la sentencia es principio cardinal del conjunto de garantías del debido proceso, que evita el exceso o el defecto de esa decisión respecto del marco jurídico de lo que compete resolver, previsto en el artículo 305 del citado estatuto, bajo cuyo tenor el juez debe sujetar la solución del conflicto a los hechos y las pretensiones de la demanda o demás oportunidades autorizadas, así como las defensas frente a esta última, sin desmedro de lo que ha de resolverse de*

⁹ Carrizosa Pardo, Hernando. Las Sucesiones. Ediciones Lerner, Bogotá, 1959, cuarta edición, Pag.396.

oficio. De acuerdo con la jurisprudencia consolidada de esta corporación, acatar la congruencia implica que debe haber armonía entre lo pedido y lo resistido (SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-00114-01).

2. El fallo emitido de espaldas a esta exigencia es susceptible de impugnación, incluso por la senda extraordinaria, en tanto es causal de casación que la sentencia no esté «en consonancia con los hechos, con las pretensiones de la demanda, o con las excepciones propuestas por el demandado o que el juez ha debido reconocer de oficio» (numeral 2 del artículo 368).

Se trata de un error in procedendo, por suponer un desconocimiento de los límites a la actividad jurisdiccional que debe ejercer el fallador, quien decide la controversia por fuera de las pretensiones reclamadas (extra petita), o más allá de lo pedido (ultra petita), o cercenando lo que fue objeto de alegación o demostración (citra petita), como lo ha enseriado la Corte: [Su] incumplimiento es de antaño inscrito en una de estas tres posibilidades: en primer lugar, cuando en la sentencia se otorga más de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para concederlo (ultra petita); en segundo lugar, cuando en la sentencia olvida el fallador decidir, así sea implícitamente, alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (mínima petita); y en tercer lugar, cuando en el fallo decide sobre puntos que no han sido objeto del litigio, o, de un tiempo a esta parte, en Colombia, con apoyo en hechos diferentes a los invocados (extra petita)... (SC1806, 25 feb. 2015, rad. n.º 2000-00108-01).¹⁰

Sin embargo, como excepción a la regla, por autorización legal y con claro precedente jurisprudencial, existen precisos eventos en los que el sentenciamiento puede culminar en una declaratoria oficiosa que no fue objeto de pretensión ni de excepción, sin que se incurra en el vicio de incongruencia, como lo es la declaración de nulidad absoluta del acto o contrato.

Situación que se considera ocurre en este caso y que no obstante lo por ella declarado, no fue objeto del pronunciamiento apelado pues se dejó de examinar en el fallo si era viable la aplicación de tal prerrogativa, de examinar si se cumplían los requisitos que para su configuración exige la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como doctrina probable o precedente judicial.

3.2.2. En efecto, la ley sanciona con nulidad *absoluta* aquellos negocios celebrados con objeto o causa ilícitos, con ausencia de las formalidades que la ley prescribe para la validez del negocio en consideración a su naturaleza y los celebrados por los absolutamente incapaces, dispone el artículo 1741 del C.C. que:

“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad 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. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”

Mientras que el artículo 1742 del C.C. Subrogado. L. 50/36, art. 2º dispone que “ La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.”

Debiendo la declaración oficiosa de la nulidad absoluta de un acto o contrato reunir los requisitos que la jurisprudencia señala de obligatoria confluencia¹¹: “(...) El juez tiene no solo la potestad sino el deber de declarar la nulidad absoluta de un contrato, aún en forma oficiosa, pero dicho poder está limitado por los condicionamientos que consagra el artículo 1742 del Código Civil (...) la previsión legal en comentario consagra una aplicación particular del principio inquisitivo, en tanto autoriza la oficiosidad del juez, atribución cuya justificación se halla en el fundamento mismo de tal especie de nulidad, establecida como se sabe en interés de la moral, el orden público y el respeto debido a las normas de carácter imperativo, postulados cuya protección no puede quedar sometida exclusivamente a la iniciativa particular, como ocurriría si el aniquilamiento de los negocios jurídicos que los contrarían solo pudiere declararse a ruego suyo (...) empero, como desde antaño lo ha venido

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia SC4257-2020, del 9 de noviembre de 2020, rad. 11001-31-03-41-2010-00514-01.

¹¹ Sentencias de octubre 10 de 1995, abril 10 de 1996, 20 de abril de 1998, Marzo 11 de 2004 y diciembre 14 de 2007, entre otras.

exponiendo la doctrina de la Corte, ese poder excepcional que al fin de cuentas comporta un control de legalidad en torno a la actividad negocial, está sujeto o limitado por los condicionamientos que la propia norma consagra y que la corporación ha identificado así:

‘... 1) Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, demuestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2) Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derecho u obligaciones para las partes; y 3) Que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron’.

Lectura que desde vieja data ha sido constante y se mantiene en la jurisprudencia a punto tal que puede afirmarse constituye precedente judicial o doctrina probable, y que por ello debe ser punto de partida para definir un asunto similar al que de ella se deriva, en efecto en pronunciamientos anteriores la Corte reiteró:

“1. Aludiendo a la declaratoria de oficio de la nulidad absoluta de un contrato que consagran y regulan los artículos 15 de la ley 95 de 1890 y 2o. de la ley 50 de 1936, la Corte desde tiempo atrás ha reiterado que en orden a hacer posible esa declaración, además de que el vicio debe aparecer en forma manifiesta y ser tan claro que no sea susceptible de interpretación, no puede darse ella "a espaldas de las personas interesadas en la subsistencia del acto o a él ligadas, y a las cuales afectará la declaración, de manera directa y necesaria. No por ser una declaración oficiosa el juez queda autorizado para formularla con prescindencia y menoscabo del derecho primordial de defensa" (G.J. t. XLVII pg. 238), doctrina esta por cierto reiterada en múltiples oportunidades posteriores tal como lo pone de manifiesto la sentencia del 27 de febrero de 1982 en la que se dijo: "...tradicionalmente la doctrina de la Corte viene afirmando que el poder excepcional que al fallador le concede la ley para declarar de oficio la nulidad absoluta, no es irrestricto, panorámico o ilimitado, sino que, por el contrario se encuentra condicionado a la concurrencia de las tres circunstancias siguientes: 1a. Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato. 2a. Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos y obligaciones para las partes, y 3a. Que al litigio concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del postulado de que la nulidad de una convención, en su totalidad, no puede declararse, sino con la audiencia de todos los que la celebraron" (G.J. t. CLXV).¹²

Y era ello un asunto que no podía desatenderse, pues establecido está que entre nosotros no se acogió un sistema de precedente judicial obligatorio pero sí de precedente vinculante, que impone al juez tomar como punto de partida para la solución de los asuntos sometidos a su competencia la doctrina probable que rige la solución del problema jurídico que debe definir, dándole a la misma trascendencia y alcance que para tal labor se le reconoce en nuestro sistema jurídico.

3.2.3. Es decir, reconocer que el sistema de fuentes que informan nuestro derecho ha sufrido modificaciones a partir de la expedición de la Carta Política de 1991, en particular la jurisprudencia pues, aunque de la exegesis del artículo 230 de la Constitución los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley, y la jurisprudencia solamente constituye criterio auxiliar de la actividad judicial.

Lo cierto es que desde el fallo emitido al resolver una demanda que atacaba la constitucionalidad del artículo 4º de la Ley 169 de 1896, según la cual “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”, se generó una nueva noción de la doctrina probable o si se quiere hoy doctrina legal o precedente¹³, a partir de la reformulación que de la norma en estudio hizo la Corte al confrontarla con el artículo 230 de la Constitución y decidir “declarar exequible el artículo 4º de la ley 169 de 1896 siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia como juez de casación y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria,

¹² Sentencia de 10 de octubre de mil novecientos noventa y cinco (1995).Expediente No.4541 M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

¹³ López Diego. El derecho de los jueces. Segunda edición pág. 31.

al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonablemente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia”.

En el desarrollo argumentativo de la sentencia de control de constitucionalidad¹⁴ se le otorga fuerza normativa a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia y se expone que ello deriva: “... (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.” Para la Corte¹⁵ la doctrina probable puede ser definida como una técnica de vinculación al precedente después de presentarse una serie de decisiones constantes sobre el mismo punto.

Como lo resalta un connotado autor nacional¹⁶ la Corte busca con su fallo dar un tratamiento unificado constitucional a toda la jurisprudencia nacional derivada de sus altas cortes de cierre, y a través de una reinterpretación de los términos probable y erróneas se permite¹⁷ fijar un detallado alcance de la problemática del precedente horizontal y vertical.

Pudiéndose de allí concluir que no se trata de un sistema ni de libre jurisprudencia ni de precedente absoluto, pues se concibe como un régimen de precedente relativo pero vinculante, esto es, que el ya adoptado, las decisiones anteriores, tienen un peso específico que hace que ellas cuenten como punto de partida para la nueva decisión y que, en principio, los jueces tengan el deber de respetar aquellos argumentos y sentido de la decisión.

Pero a la vez que por el principio de autonomía judicial pueda el juez separarse del precedente que rige la materia, siempre y cuando exponga motivos razonables para ello. Delicada labor cuyo desarrollo impone el cumplimiento de una doble carga en su motivación.

En primer lugar una carga de transparencia, entendida como la necesidad de conocer y exponer el precedente vigente que sostiene la decisión y una carga de argumentación consistente en el deber de presentar los razonamientos que conduzcan a separarse del precedente o doctrina vigente y que dan un mayor peso jurídico a la nueva decisión, con relación a la anterior; carga argumentativa que será más fuerte si se trata de precedente vertical, creado por la Corte de cierre, que si se trata de precedente horizontal, su propia decisión¹⁸.

La sujeción del juez al ordenamiento jurídico señala la Corte Constitucional¹⁹, le impone el deber explícito de tratar casos iguales de idéntica manera y desiguales de manera distinta, y caracteriza su función dentro del Estado social de derecho como creador de principios jurídicos que permiten que el derecho responda a las necesidades sociales.

El cambio de precedente entonces sólo podría tener sustento o bien en una reforma legislativa, para no contravenir la voluntad del legislador ni el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público. También puede depender el cambio de precedente de que la regla o principio creada no responda adecuadamente a una realidad social cambiante, por lo que una variación en la situación social, política o económica podría llevar a que la ponderación e interpretación del ordenamiento que se venía haciendo por la Corte Suprema, no resulten adecuadas para responder a las exigencias sociales.

3.3. Volviendo al caso, no se discute en el recurso que la memoria testamentaria declarada nula, como lo concluyó el a-quo, no reúne las formalidades que la ley prescribe necesarias para que tenga validez esa manifestación de voluntad.

¹⁴ Numeral 6 de las consideraciones de la sentencia C-836 de 2001.

¹⁵ Sentencia C- 537 de 2010.

¹⁶ López Medina Diego Eduardo. El derecho de los jueces segunda edición. Legis. Bogotá, 2006 pág. 79.

¹⁷ Considerando 15 de la sentencia C-836 de 2001

¹⁸ López Medina, ídem, pág.85.

¹⁹ Consideración 16 del fallo C-836 de 2001.

En efecto, el testamento que emitió el causante está contenido en un documento privado de un folio que su suscriptor firmó y le hizo presentación personal en la notaría, como si se tratase del otorgamiento de un poder; y se dejó sentado que además de no haberse recogido en escritura pública, quienes aparecen firmándolo como testigos lo hicieron después del testador y sin siquiera acudir a la notaría el día en que aquél autenticó su firma.

El documento privado fechado 18 de octubre de 2017, pero presentado por su otorgante para la autenticación de su firma ante la notaría única de Gachetá el 17 de noviembre de 2017, tiene el siguiente texto:

“ Referencia: TESTAMENTO A VOLUNTAD PROPIA

Yo **DARÍO IGNACIO CÁRDENAS MONROY** identificado con cédula de ciudadanía No. 80.375.038 de Gachetá, en pleno uso de mis facultades mentales y psicológicas hago constar por medio del presente documento, que es mi voluntad dejar todos mis bienes existentes, en caso de fallecimiento, a las siguientes personas así: “un veinte por ciento (20%) a mi sobrina **HIAM YOULANY HUSSEIN CÁRDENAS**, TI No. 1.074.414.001 de Gacheta Cundi; y el restante ochenta por ciento (80%) se repartirá en partes iguales para cada uno de mis siguientes hermanos: **ÁLVARO ABDÓN CÁRDENAS MONROY** C.C. No 3.032.674 de Gacheta Cundi, **JOAQUÍN HELIODORO CÁRDENAS MONROY** C.C. No 3.033.125 de Gacheta Cundi, **ELVIA AURORA CÁRDENAS MONROY** C.C. No 20.586.135 de Gacheta Cundi, **NOÉ DE JESÚS CÁRDENAS MONROY** C.C. No 80.278.181 de Villeta Cundi, **FABIO ELÍ CÁRDENAS MONROY** C.C. No 80.278.977 de Villeta Cundi, y **REINA ELISA CÁRDENAS MONROY** C.C. No 20.587.745 de Gacheta Cundi, el presente documento lo firmo y autentico en la NOTARÍA ÚNICA DEL MUNICIPIO DE GACHETA CUNDI, con firma y huella de tres testigos que dan fe de mi voluntad.

TESTADOR

DARÍO IGNACIO CÁRDENAS MONROY
C.C. No. 80.375.493 de Gachetá,

TESTIGOS

VICTOR ORLANDO MARTIN URREGO
C.C. No. 80.375.038 de Gachetá
VICTOR MANUEL CÁRDENAS HERRERA
C.C. No. 80.376.950 de Gachetá
JOSE ABACU GARZON PEÑA
C.C. No. 3.301.272 de Gachetá”

No observa el documento las formalidades legales que para la emisión del testamento solemne abierto o cerrado que regulan los artículos 1070 y siguientes del Código Civil, pues no aconteció que el testador hiciese su manifestación de voluntad disponiendo de sus bienes ante el notario y tres testigos; no se elevó a escritura pública esa manifestación de voluntad, ni se expresó la manifestación de voluntad en un solo acto ante el notario y tres testigos, como lo exige el artículo 1072 del C.C.

Como se observa el documento es solo un folio presentado ante el notario por su suscriptor sólo para la autenticación de su firma, los testigos allí relacionados, según lo declararon dos de ellos en el proceso, no asistieron a la notaría cuando el testador autenticó su firma.

Tampoco se trata de un testamento nuncupativo (que regula Artículo 1071 del C.C) y que es aquel emitido, por falta de notario, ante cinco testigos, pues como se observa, el documento lo presentó el causante en la notaría del municipio de Gacheta que era su domicilio, para la autenticación de su firma y luego fue firmado a destiempo y sin autenticación, no por cinco sino por tres testigos.

No constituye tampoco ese folio un testamento cerrado, que exige sea emitido por escritura pública, ni se dan los requisitos para considerar que se configure un testamento privilegiado de los que regulan los artículos 1087 y siguientes del C.C., pues a más de que la expresión de voluntad fue escrita y no verbal, no se alude en él que esté el testador en peligro inminente, ni que se trata de un testamento de guerra, militar, o emitido abordo de un buque.

Ahora bien, artículo 1083 del código civil señala 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.”

Disposición que se complementa con la regla general del artículo 1041 del C.C. que califica de nulidad absoluta aquella 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...”

Se encuentran en el caso presentes los requisitos que la doctrina probable señala indispensables para efectuar la declaratoria oficiosa advertida.

3.3.1. La nulidad del testamento emitido por Darío Ignacio Cárdenas Monroy en documento fechado 18 de octubre de 2017, presentado por su otorgante para la autenticación de su firma ante la notaría única de Gachetá el 17 de noviembre de 2017, contenido en un folio en donde expresaba su voluntad es evidente.

Se desprende de su sola lectura, la ausencia de formalidades en su emisión, pues la exposición de esa manifestación de voluntad es sólo un acto del causante, no se emite ante el notario ni ante testigos; no se cumple ningún rigor, pues al notario acude no para que le consigne su testamento en una escritura pública con tres testigos, sino para que le autentique su firma en lo que escribió en un folio y sin ningún testigo en el acto de autenticación ante la notaría.

No se trata tampoco de la manifestación de voluntad de reparto de bienes que se haga ante cinco testigos por ausencia de notario, pues simplemente el causante, como lo declaró la Notaria de Gacheta en el proceso, no quiso someterse a la regulación legal que impera para emitir un testamento y habiendo estado enterado de las formas que había que cumplir, decidió limitarse en su expedición a la presentación personal de un documento privado.

Se cumple entonces ese primer requisito para la declaratoria de nulidad, aparece de manifiesto la nulidad del testamento de la sola observancia del documento privado que lo contiene.

3.3.2. La escritura pública 13 de 27 de enero de 2022 elevada en la notaría de Junín contiene el proceso de sucesión testamentaria de Darío Ignacio Cárdenas Monroy, y en ella se plasma y otorga plenos efectos al escrito contentivo de la memoria testamentaria de aquél.

Esto es que ese documento, testamento, se invoca como prueba por el demandante y frente al mismo se brinda la oportunidad de pronunciarse al demandado, es su contenido el soporte de los reclamos de los demandantes que afirman que al darle plenos efectos en el reparto herencial atacado, se vulneraron sus derechos hereditarios y por eso reclamaban se realice un nuevo reparto herencial que considere a los demandantes y a sus hermanos demandados.

Luego se cumple el segundo de los requisitos de la doctrina probable para que proceda la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del acto o contrato, el documento fue invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes.

3.3.3. Por último, al proceso acuden como partes procesales los sucesores del causante que emitió la memoria testamentaria que se advierte afectada de nulidad absoluta, integran los extremos del debate, todos los hijos de la madre del testador y, con ello, quienes pueden fungir en el reparto como herederos por derecho de trasmisión de la herencia de su madre, heredera única del testador.

Asimismo son demandados los herederos testamentarios que recibieron las asignaciones que aquel expuso en el documento que se declarará nulo, luego uno y otro grupo de causahabientes del testador, integran el litigio y se cumple así el tercer requisito que la doctrina probable señala necesario para que pueda emitirse una declaratoria oficiosa de nulidad absoluta, en este caso, del acto de declaración de voluntad testamentaria, que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes.

Lo hasta acá expuesto permite concluir que la sentencia emitida debe ser revocada, por estar satisfechos los requisitos que la doctrina probable en cita señala necesarios para efectuar la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta, por falta de cumplimiento de las formalidades legales del testamento emitido por Darío Ignacio Cárdenas Monroy, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1742 del Código Civil, en redacción de la ley 50 de 1936 artículo 2.

3.4. El testamento que se declara oficiosamente afectado de nulidad absoluta por el no cumplimiento de los requisitos o formalidades prescritas en la ley, conforme lo disponen los artículos 1083 y 1741 del código civil, tuvo como principal efecto el proceso de sucesión testamentaria del causante Darío Ignacio Cárdenas Monroy adelantado notarialmente (Decretos 902 de 1988 y 1729 de 1989) y recogido en la escritura pública 13 de 27 de enero de 2022 elevada en la notaría de Junín, pues en ella se hizo el reparto herencial con observancia exclusiva de ese testamento nulo.

3.4.1. Pues en ese acto notarial se señaló que el trámite liquidatorio herencial era testamentario, que el escrito que se presentaba y que corresponde al documento antes analizado, contenía el testamento abierto última voluntad del causante Darío Ignacio Cárdenas Monroy, que eran los allá comparecientes herederos testamentarios los únicos beneficiarios del *de cuius*, que carecía su sucesión de legitimarios y que podía él finado disponer de todos sus bienes, como lo hizo.

Seguidamente, en observancia de sus disposiciones, se adjudican los bienes relictos, inmueble casa-solar con matrícula inmobiliaria 160-7668 de la O.R.I.P. de Gachetá y una casa lote con matrícula inmobiliaria número 160-30599 de la O.R.I.P. de Gachetá, en los porcentajes que allí se señalaron un 13.33% parta cada uno de los seis hermanos del causante que relacionó el testamento Joaquín Heliodoro, Elvia Aurora, Álvaro Abdón, Noé de Jesús, Fabio Elí y Reina Elisa Cárdenas Monroy, lo que suma un 80% y el 20% restante para su sobrina Hiam Youlany Hussein Cárdenas.

3.4.2. Ahora bien los efectos de la declaratoria de nulidad absoluta del acto o contrato los señala el artículo 1746 del C.C. así: “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”.

Lo que significa que anulado el testamento dejado por Darío Ignacio Cárdenas Monroy, deben las cosas volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido la memoria anulada, lo que conlleva que pierda eficacia el proceso de sucesión testamentaria notarial adelantado en la notaría única de Junín y que, desaparecido el trámite sucesoral, los inmuebles adjudicados vuelven a estar en cabeza del causante y deben ser devueltos por los herederos testamentarios y adjudicatarios junto con sus frutos, que se determinarán en la nueva liquidación, a la sucesión ilíquida del causante que deberá volverse a tramitar ab-intestato, pues no tiene efectos el testamento anulado.

Así se dispondrá en la resolutive de esta sentencia, que ordenará la cancelación del acto notarial en cuestión y de su anotación o registro en los folios de matrícula inmobiliaria de los bienes objeto del reparto herencial.

En conclusión, se revoca la sentencia porque no se hizo en ella la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del testamento emitido por el causante Darío Ignacio Cárdenas Monroy, como correspondía hacerla en aplicación de la citada normativa legal y el precedente judicial vinculante que rige la materia; y como declarada la nulidad del acto notarial este pierde todos sus efectos y las cosas deben volver al estado en que se hallarían si aquél no se hubiere emitido.

Se declara sin efectos la escritura que recoge la sucesión testamentaria notarial adelantada con base exclusiva en el testamento anulado, se ordena su cancelación y la de sus inscripciones en el registro inmobiliario de los bienes relictos adjudicados, que vuelven al dominio de la sucesión ilíquida del causante y deberán ser restituidos por sus adjudicatarios junto con sus frutos, que se determinarán en el nuevo trámite sucesoral que deberá adelantarse, como sucesión ab intestato sin considerar en ella el testamento anulado.

En mérito de lo xpuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca en Sala de decisión Civil – Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1º.- REVOCAR la sentencia apelada, proferida el 15 de marzo de 2023 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Gachetá y en su lugar disponer:

Primero: **DECLARAR DE OFICIO**, que está viciado de **nulidad absoluta**, por falta de cumplimiento de las formalidades legales, el testamento emitido por el causante Darío Ignacio Cárdenas Monroy, en documento privado fechado 18 de octubre de 2017 y presentado por su otorgante para la autenticación de su firma ante la notaría única de Gachetá el 17 de noviembre de 2017.

Segundo: En consecuencia de la declaración efectuada, dejar sin efectos jurídicos la partición y adjudicación herencial testamentaria de los bienes del causante Darío Ignacio Cárdenas Monroy, que se adelantó en la notaría única del municipio de Junín, recogida en la escritura pública 13 de 27 de enero de 2022 allí elevada. Oficiése a la notaría.

Tercero: Ordenar la cancelación de la escritura pública 13 de 27 de enero de 2022 allí elevada notaría única del municipio de Junín contentiva de la partición y adjudicación herencial testamentaria de los bienes del causante Darío Ignacio Cárdenas Monroy. Oficiése a la notaría.

Cuarto: Disponer que los bienes objeto del reparto herencial: Inmueble casa-solar con matrícula inmobiliaria 160-7668 de la O.R.I.P. de Gachetá y Casa lote con matrícula inmobiliaria número 160-30599 de la O.R.I.P. de Gachetá, adjudicados a los allí reconocidos herederos testamentarios Joaquín Heliodoro, Elvia Aurora, Álvaro Abdón, Noé de Jesús, Fabio Elí y Reina Elisa Cárdenas Monroy, y Hiam Youlany Hussein Cárdenas, vuelven al dominio de la sucesión ilíquida del causante Darío Ignacio Cárdenas Monroy y deben ser a ella restituidos por sus adjudicatarios, junto con sus frutos que se determinan en el nuevo trámite liquidatorio ab- intestato que se habrá de adelantar.

Quinto: Ordenar la cancelación de las inscripciones en el registro de la escritura anulada en los folios de matrícula inmobiliaria de los bienes relictos del causante Darío Ignacio Cárdenas Monroy objeto de partición y adjudicación testamentaria, a saber: Inmueble casa-solar con matrícula inmobiliaria 160-7668 de la O.R.I.P. de Gachetá y una casa lote con matrícula inmobiliaria número 160-30599 de la O.R.I.P. de Gachetá. Oficiése a la oficina de registro.

Sexto: Cancélese la inscripción de la demanda decretada.

2º.- Sin condena en costas en ambas instancias por la declaratoria oficiosa efectuada.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,



JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS



JAIME LONDOÑO SALAZAR



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ