

° TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE CUNDINAMARCA
Sala Civil – Familia

Magistrado Ponente:
Germán Octavio Rodríguez Velásquez

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veinte (2020).

Ref: Exp. 25-286-31-10-001-2017-01066-01
(Discutido y aprobado en Sesión Virtual de la
Sala Civil-Familia de 6 de agosto pasado).

Con arreglo a lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, pasa a decidirse el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 5 de noviembre de 2019 proferida por el juzgado de familia de Funza dentro del proceso verbal de Mirtha Edelvigia Escobar de Daza contra Jorge Antonio López Escobar, teniendo en cuenta los siguientes,

I.- Antecedentes

La demanda solicitó declarar nulo el testamento otorgado por Ana Julia Reyes de Castillo mediante escritura 211 de 11 de marzo de 2017 de la notaría única de Cota, en cuanto instituyó como heredero único al demandado, debido a que éste no cumplió a cabalidad con las etapas previstas para su perfeccionamiento, ni a lo dispuesto en el artículo 1060 del código civil, amén de que no se ajustó a la realidad al momento de su otorgamiento, dado que la testadora actuó forzada psicológicamente por el demandado, con un estado delicado de salud que vulneró su consentimiento; como consecuencia, declarar ineficaz el trabajo de partición llevado a cabo con base en dicha memoria testamentaria, condenar al demandado a restituirle a la demandante las sumas que reciba con ocasión de la mortuoria, junto con sus intereses y, en contrapartida, válido el testamento que mediante escritura 670 de 9 de julio de 2012 de la misma notaría, hizo la causante instituyendo como herederos a la demandante, en 2/3 de la sucesión, y al demandado, en la otra 1/3 parte del acervo hereditario.

Al efecto adujo la demandante, que la testadora, quien nació el 16 de febrero de 1925 y falleció a sus 92 años el 3 de septiembre de 2017, y no sabía leer ni escribir, revocó mediante la escritura 670 citada un testamento anterior que había hecho, e hizo uno nuevo, abierto, instituyendo a la demandante y al demandado como beneficiarios en las proporciones citadas, diferencia que justificó en la ayuda que la demandante le prestaba en sus cuidados personales, de salud, vivienda y demás; mas enterado de esa forma de distribución de la herencia, constituida por un bien rural en la vereda La Moya de Cota, Jorge Antonio inició una carrera para tratar de ser único heredero testamentario, lo que a la final obtuvo, pues Ana Julia terminó revocando ese testamento en cuestión y haciendo una memoria nueva instituyéndolo a él como único adjudicatario del único bien que conforma el activo de la sucesión, donde habitaba también el demandado, a quien, por lo demás, trató de desalojar infructuosamente la causante entregándole veinte millones de pesos, que buscó en préstamo, pues la tenía cansada con los malos tratos y ultrajes hacia ella.

Durante los últimos meses de vida de Ana Julia él se encargó de llevarla a los servicios de salud, del cobro de su pensión y hasta de sus relaciones sociales, impidiéndole contacto con sus familiares y pocas amistades; al autorizar el testamento, que otorgó la causante cinco meses antes de morir, la notaria hizo constar que Ana Julia compareció a la notaría con minuta escrita y que la escritura fue leída por la compareciente, quien en señal de aprobación lo suscribió; sin embargo, amén de su delicado estado de salud, la testadora no pudo haber leído la escritura, pues no sabía leer ni escribir y carecía de capacidades para ello.

La demanda se tramitó con oposición del demandado; en lo básico, señaló que el padecimiento que tenía la causante —cáncer de mama— al testar, quien según los datos que registra el testamento de 2012 revocado, contaría para 2017 con 88 años, no con 92, no le impedía declarar su voluntad testamentaria, lo que puede verificarse en el registro fílmico del acto; como excepciones propuso las que denominó temeridad y mala fe y “falta de verdad y/o abuso del derecho prejuzgando las actuaciones del notario”.

La primera instancia fue concluida con sentencia desestimatoria, contra la cual se alza la demandante en recurso que, concedido en el efecto suspensivo y debidamente aparejado, procede esta Corporación a desatar.

II.- La sentencia impugnada

Aborda la cuestión teorizando acerca de la capacidad de testar, asunto en que destaca lo previsto por el artículo 1055 del código civil y la presunción de capacidad y estado mental del testador, la que en el caso de los testamentos abiertos obra en concatenación de la presunción de legalidad y autenticidad que se predica de éstos; de suerte que si ésta puede ceder ante la contraprueba de una y otra, a la demandante concernía demostrar la incapacidad mental de la causante, algo que, tras analizar las pruebas del proceso, no logró acreditar, pues del proceso no se establece que el demandado pudo ejercer algún tipo de influencia sobre la testadora para obtener un testamento a su favor, sin que al efecto pueda decirse que el que Ana Julia no supiera leer ni escribir basta para que su memoria testamentaria resulte nula, desde que bien podía expresar su voluntad por algún otro medio.

La demanda dice que el demandado no permitía visitas a la causante; mas, ni de la declaración de este último ni de la del testigo José Borda Escobar se deduce nada al respecto; de los testimonios de Emilce Ulloa Herrera, María del Castillo de Peña, Blanca Cecilia Calderón Mancera, Rosa Margarita Velásquez Ora, por su lado, se establece que la voluntad de Ana Julia era hacer “lo plasmado en la escritura”, a lo que se suma el hecho de que quienes compartían a diario con ella señalaron que nunca hubo maltrato psicológico del demandado hacia ella, cuya intención fue favorecerlo, lo cual, por lo demás, es fácil comprobar en el video aportado a los autos, donde se advierte cómo la testadora en varias oportunidades, incluso preguntada por la notaria, indicó que su deseo era favorecer a Jorge Antonio; prueba que, por lo demás, permite establecer que ella se encontraba mentalmente lúcida y libre de presiones psicológicas por parte de alguna persona.

La demanda asegura que la escritura no se ciñó a lo dispuesto en los artículos 1060 y siguientes del código civil;

sin embargo, como todo muestra lo contrario, no es posible admitir el argumento como base para la nulidad del testamento.

Consideraciones

Lo principal, para comenzar, es concretar hasta dónde va la competencia de la Corporación para analizar la temática objeto del recurso, desde luego que si hoy por hoy, de acuerdo con la regla sentada por el artículo 328 del código general del proceso, el juzgador ad-quem tiene delimitada su competencia en materia de apelaciones por los reparos que el impugnador haya fijado en su apelación, es claro que, en lo que hace a este caso, la Sala únicamente puede examinar aquellos aspectos que a criterio de la demandante afectarían la eficacia de la testamentifacción por razón de las omisiones en que pudo haberse incurrido en el momento en que el acto solemne se instrumentalizó, o sea, sin la presencia de la notaria que lo certificó y el haberse omitido la lectura de esa última declaración de voluntad por parte de la testadora, quien no pudo haberlo leído, dado que ni siquiera sabía firmar.

A propósito lo anterior, pues nótese cómo de inicio la demandante no solo puso en tela de juicio esos aspectos formales del acto en cuya existencia viene insistiendo en la impugnación, sino también la capacidad mental de la testadora para poder hacer su última declaración de voluntad, aspecto litigioso que ahora, en el recurso, deja de lado concentrándose no más que en lo primero, situación que, en ese orden de ideas, confina la competencia del Tribunal a esas porciones del litigio discutidas acá, sobre las cuales, entonces, se adelantará el presente estudio.

Ahora bien, uno de los reparos que de ese linaje le hizo desde un principio la demandante al testamento está en que Ana Julia no sabía leer ni escribir; y si bien la atestación notarial dejada con el fin de justificar porqué había una firma de favor y no la de la testadora es algo que lo desvirtúa, desde luego que quién más que el notario como fedatario para certificar algo semejante, estima la Sala que si el propio Jorge Antonio admitió en su interrogatorio que eso era así, que su tía materna era analfabeta, es ostensible, entonces, que aquella no pudo haber leído lo escrito, situación que, sin embargo, al tenor del precepto 1074 del código civil, es indiferente a la hora de

verificar la validez del acto instrumental, pues lo que establece la norma es que el testamento sea leído, todo, *“en altavoz por el notario, si lo hubiere, o, a falta de notario, por uno de los testigos designados por el testador a ese efecto”*, mientras lo cual *“estará el testador a la vista, y las personas cuya presencia es necesario oirán todo el tenor de sus disposiciones”*, naturalmente, si la ley no exige del disponente esa lectura que por sí misma certificó, sin excusa, la notaria que atestiguó el testamento, ningún efecto en contra de la eficacia del acto puede desprenderse de allí.

Cierto, cuanto a otra de las quejas del recurso, el precepto 1074 constituye el eje normativo sobre el cual había el juzgador de averiguar el cumplimiento de las formalidades prescritas por la ley para el codicilo; la cuestión es que si bien el juzgado *a-quo* no explicitó que la base de sus apreciaciones jurídicas y probatorias al analizar este aspecto de la litigiosidad tenían como punto de partida dicha norma, y no el artículo 1055 de la dicha obra, que citó, en efecto, debe comprenderse que eso no encarna un yerro capaz de desvirtuar el contenido de esos planteamientos efectuados en su decisión, todo lo más cuando salta a la vista que esa última cita que hizo buscaba preparar el terreno para desatar la controversia que a este respecto venía dada, tratando de responder los embates que contra el testamento se formulaban relativamente a la aptitud mental de la testadora para dejar plasmada su postrera voluntad en los términos en que lo hizo, por supuesto, involucradas en la problemática litigiosa lo de la capacidad mental de la testadora, de una parte, y las solemnidades inherentes al acto propiamente dicho, de otra, la lógica era que en su fallo el juzgador estudiara los supuestos del hecho del proceso con vista en los preceptos que regulan uno y otro tema en el ámbito testamentario, lo que sin mayores atisbos elimina esa desvarío que injustamente se le atribuye en la apelación.

Lo anterior autoriza, entonces, abordar esas críticas que le hace la demanda, desde el punto de vista formal, al acto; y lo mejor, para una mayor comprensión de la temática, es destacar que de acuerdo con el precepto 1075, el acto por el cual se formaliza el testamento abierto, deberá ser presenciado *in-integrum* por *“testador, por unos mismos testigos y por un mismo notario, y si, al decir del artículo 1075 citado ‘termina el acto por las firmas del testador y testigos y por la del*

notario', resulta patente que ninguna de esas personas puede dejar de firmar en ese instante para hacerlo días después", como que "el acto testamentario termina o se cierra con esas firmas (...) el hecho de estamparlas es parte del propio acto y tiene que desarrollarse a continuación de la lectura del testamento, sin que sea lícito al notario suspender su firma para días después" (Cas. Civ. sentencia de 28 de septiembre de 1982); después de todo, "[l]o que constituye la esencia del testamento abierto, de acuerdo con el art. 1072 del C.C., es <<el acto en que el testador hace sabedor de sus disposiciones al notario, si lo hubiere, y a los testigos>>. Es, pues, el conocimiento de la voluntad del testador por parte del notario, cuando concurre, y de los testigos instrumentales, lo sustancial en los testamentos abiertos. El inc. 2º exige, en orden a asegurar la indivisibilidad del acto testamentario, la intervención en él de un mismo notario, cuando asiste, y de unos mismos testigos. Para el conocimiento de la voluntad del testador es, pues, requisito indispensable que durante la lectura del testamento, hecha en alta voz por el notario o por uno de los testigos designados al efecto por el testador, estén presentes los testigos instrumentales en el mismo sitio en que el acto ocurra" (Cas. Civ. 12 de mayo de 1932. XL, 58).

Mas, atinente a esto último, tiene dicho la jurisprudencia que *"a pesar de que no exista duda sobre la identidad del testador y sobre el 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 esta circunstancia; o si, tratándose de testamento, 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 sólo por el testigo o sólo 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"* (Cas. Civ. sent. de 28 de septiembre de 1982).

Aquí, averiguado lo sucedido al momento en que Ana Julia declaró su última voluntad ante la notaria de Cota, observa el Tribunal que, efectivamente, al acto concurrió

personalmente ella acompañada de los tres testigos que aparecen suscribiendo la escritura 211 de 11 de marzo de 2017, y que, sin lugar a dudas, la suscripción del documento se ciñó a los criterios a que alude la jurisprudencia con apoyo en la norma, vale decir, del acto es predicable esa unicidad exigida como garantía de que lo documentado corresponda exactamente a los deseos póstumos de la testadora; y aun cuando en algunos momentos la demanda trata de negarlo, estima la Sala que una lectura de las cosas, conteste con la forma en que un acto de esta naturaleza puede desarrollarse en un despacho notarial, permite concluir que esa línea de tiempo cuyo trazado alcanza a perfilarse en el instrumento no fue objeto de rupturas o interrupciones tales que desdigan de esa unicidad, situación que, a ojos vistas, descarta la nulidad por efecto de haberse dado.

Lo que sí se ofrece a debate, es lo tocante con la lectura del testamento en sí mismo considerado, pues existiendo en los autos un registro fílmico del momento en que la formalidad se verificó, del que fácilmente se desprende que lectura, propiamente dicha, no hubo, desde que lo único que acató a hacer la funcionaria notarial fue indagar a la testadora si en realidad era su deseo que el demandado fuera el favorecido con el único bien herencial, tendría que decirse, atemperándose a ese criterio que en 1982 expresó la jurisprudencia, que la solemnidad terminó soslayándose y, por ende, el testamento es nulo, nulidad por cierto insaneable, según lo enseña el artículo 1841 del código civil, en cuanto que le faltaría una formalidad prescrita por la ley para *“la validez de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos”*, causal de ineficacia que, incluso, a términos del artículo 2º de la ley 50 de 1936, autorizaría su decreto de oficio.

La cuestión, empero, está en que del sobredicho registro fílmico del acto se establece con una claridad esplendente que la última voluntad de la causante fue, en efecto, que su única posesión material en vida, esto es, el bien que se describió en su memoria testamentaria, quedara en manos del demandado tras su deceso. A efectos de demostrarlo bien hace transcribir a continuación ese intervalo seguido en el acto. Comenzando por lo expresado en ese primer momento por la funcionaria, quien le informó a la testadora: *“Entonces te voy a tomar la huellita Julia”*. Y ésta respondió: *“sí señora”*.

Volvió la notaria al uso de la palabra y dijo: “*Y el doctor Aguilar es el que va a firmar*”, aseveración respecto de la cual un tercero, al parecer un dependiente de la notaría señaló: “*ya está firmado doctora*”, sobre lo cual la funcionaria manifestó. “*el doctor Aguilar nos hizo el favor, entonces vamos a tomar la huellita y vamos a tomar la firma de los testigos*”, a lo que expresó la testadora: “*bueno, sí señora*”.

Y viene la parte crucial del acto, cuando la notaria le hace el apercibimiento correspondiente a Ana Julia en los siguientes términos: “*Bueno, entonces qué más quieren decir ya ¿Estás tranquila?*”; y ella responde: “*sí, ya me encuentro tranquila, dejando a Jorgito dueño de la....*”; respecto de lo cual la notaria le aclara: “*dueño de la propiedad*”, a lo que asintió ésta repitiendo lo dicho: “*de la propiedad*”. Y volvió la notaria al uso de la palabra diciendo: “*ah, bueno, perfecto, inclusive así vas a estar más tranquila*”, viniendo como respuesta, otra vez de Ana Julia: “*sí señora*”, quien luego fue indagada nuevamente en tres ocasiones: “*sin estrés, nada, vas a estar tranquila, haciendo éste acto que estamos firmando acá?*”; “*esa es tu voluntad?*”; “*tú estás en pleno conocimiento de lo que estás haciendo*”, frente a lo cual repitió tres veces su asentimiento con la expresión: “*sí señora*”; y sobrevino una última pregunta de la notaria: “*tienes tu cabecita bien puesta, si?*”, a la que si bien no respondió con palabras Ana Julia, sí lo hizo asintiendo con la cabeza, en expresión de conformidad con lo que estaba diciéndole la funcionaria.

Quiere decir lo anterior, reitérase, que si bien no hubo esa lectura formal del codicilo luego de que documentado en la escritura que iba a firmarse ese 11 de marzo de 2017, medió, sí, la intervención de la funcionaria notarial expresándole los términos en que su memoria testamentaria había quedado dispuesta, con una explicación que por más objeciones que pueda tener cotejada con las formalidades prescritas en el artículo 1074 del código civil, obligan al juzgador a darle prevalencia a lo que quedó, en vez de arrasar con ello; y no tanto porque la tendencia doctrinal y legislativa sea la de atenuar esos formalismos, cual ya por la década de los cuarentas lo reconocía la Corte Suprema de Justicia persuadida de los cambios que en relación con aquellos aparejó la ley 95 de 1890, “*en el sentido de proteger el consentimiento del testador en cuanto no se oponga a disposiciones expresas de la ley, y el*

mismo legislador ha atenuado el rigor de los antiguos principios, a fin de rodear de mayores garantías el respeto y el cumplimiento de la voluntad de aquel, para hacer más efectiva la libertad de testar” (cas. Civ. sent. de 29 de abril de 1942, LIII, 366), sino porque, ya también lo ha dicho de manera incesante la jurisprudencia, no es el formalismo, por sí, lo que debe buscar el juzgador al determinar la eficacia del acto, sino la certeza de la autenticidad y veracidad de lo consignado en el instrumento público que recoge la memoria testamentaria.

Acaso por cuenta de este tipo de reflexiones es que al fijar los criterios para determinar a qué punto este tipo de actos pierden eficacia, la doctrina de la Corte diga que, con prescindencia de cualquier tipo de consideraciones, en todo caso ha de anteponerse el hecho de que, en línea de principio rector, cuando de este tipo de actos de voluntad se trata, el último con ese tipo de repercusiones en la esfera patrimonial del ser humano, obra aquello que la doctrina viene apellidando como el principio de *conservación* del acto, pronunciándose *“con insistencia a favor del reconocimiento de la declaración testamentaria ‘que bajo los auspicios de un mínimo de formalidades típicas, resumadas en la práctica y estatuidas legalmente, se ofrece como acto espontáneo, serio y auténtico, dentro de un enérgico empleo del principio de conservación del negocio jurídico, en la conciencia de que solo así se cumple la misión de preservar y patrocinar el ejercicio de la autonomía privada en campo de evidente delicadeza, de por sí inasequible a refrendación defensa o impugnación por parte del único autor (...)’*. Recordándose a ese respecto que *‘el negocio testamentario, instrumento público de origen o convertido en tal por acto de la justicia, se ofrece dentro de un halo de seguridad, propicio a su ejecución inmediata, desestimable únicamente por el éxito de impugnación con fundamento en motivo calificado, valedero y cierto’* (Sent. de 20 de febrero de 1968)” (Cas. Civ. Sent. de 2 de abril de 2003, exp. 7353).

Así lo concluyó el juzgador *a-quo*, y así opina la Sala ahora en sede del recurso de apelación, pues desconocer la última voluntad de la testadora, sabiendo, porque así lo demuestra el documento fílmico de la notaría elaborado al realizarse el acto, que el querer de la testadora, en ese momento, era instituir al demandado como beneficiario de su herencia, sería ir en contra del sobredicho principio de

conservación, que para el juzgador no es solo una orientación a la hora de entrar en una pesquisa de esa naturaleza, sino de la evidencia misma, cerrando la vista no a lo que se desgaja de lo ocurrido en la notaría cuando se suscribió el testamento, sino a los avances tecnológicos que con el paso del tiempo imponen una visión todavía más amplia de lo que en los cuarentas ya reconocía la jurisprudencia como avances normativos contestes con las necesidades de la vida actual.

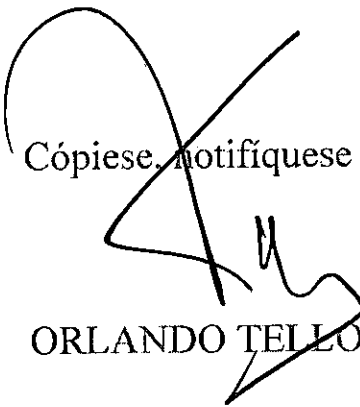
Claro, dice la jurisprudencia que aun conocida la voluntad del testador el testamento al que falte esa lectura del notario o de uno de los testigos lo invalida; mas, piensa la Sala que una cosa es que sea conocida por esos medios que otrora conocía la jurisprudencia en el propósito de establecer la veracidad y autenticidad de un hecho, y otra que, cual ocurre en esta especie litigiosa, el querer de la testadora, documentado en una escritura pública como un testamento abierto, se conozca tanto por ese medio como por el que permite el documento filmico en cuestión, desde luego que no hay un punto de comparación que autorice denigrar del segundo no más que porque la lectura del escrito no sea exactamente igual a la que, en el fondo, le hizo la notaria a la declarante cuando la indagó acerca de su voluntad postrera, sin que al efecto quepan más averiguaciones tocantes con la exactitud de lo consignado en el instrumento, en particular sobre si en realidad hubo una lectura distinta a la que se advierte del video, pues ese laborío, de cara a lo ya concluido, se torna inane.

En fin, la sentencia apelada debe confirmarse. Las costas se impondrán con arreglo al numeral 3° del artículo 365 del código general del proceso.

IV.- Decisión

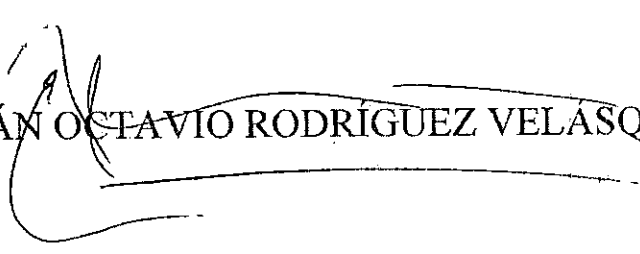
En mérito de lo expuesto, la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia de fecha y procedencia preanotadas.

Costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense por la secretaría del a-quo incluyendo la suma de \$1'500.000 como agencias en derecho.


Cópiese, notifíquese y cúmplase,

ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ

Pabl. v. Unit. 44
PABLO IGNACIO VILLATE MONROY


GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ