

MARGARITA CABELLO BLANCO

Magistrado Ponente

SC418-2018

Radicación n° 17001 31 10 004 2011 00434 01

(Aprobada en sesión de cinco de julio de dos mil diecisiete)

Bogotá D.C., (1°) primero de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada frente a la sentencia de 15 de agosto de 2013, proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, dentro del proceso ordinario de **Camilo Gaviria Gutiérrez, Pamela Gaviria Gutiérrez y Milton Mateo Gaviria Gutiérrez**, en su condición de herederos de la señora Fabiola Botero de Gaviria contra **María del Pilar Gaviria Botero, Beatriz Gaviria Botero y Adriana Sofía Gaviria Botero**.

I.- EL LITIGIO

1.- Los demandantes solicitaron declarar la nulidad absoluta de los siguientes actos e instrumentos públicos:

a.-) De la escritura pública 562 de 5 de mayo de 2006 de la Notaria Primera de Manizales, contentiva del testamento otorgado por la señora Fabiola Botero de Gaviria; registrado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Manizales en el libro de testamentos, página 404, partida 58 del año 2006, en razón a contener un vicio formal para su invalidez.

b.-) Como consecuencia de la anterior declaración, del contrato de transacción celebrado entre las partes, contenido en la escritura pública 3821 de 20 de agosto de 2009 de la Notaría 29 de Bogotá, porque se realizó *«en consideración a un título viciado de nulidad absoluta, (el testamento otorgado mediante la escritura pública 562 del 5 de mayo de la Notaría Primera de Manizales)»*, que surge al tenor del artículo 2477 del Código Civil y demás normas concordantes.

c.-) Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declare la nulidad absoluta del trabajo de partición y adjudicación de bienes en la sucesión intestada de la causante Fabiola Botero de Gaviria, adelantado mediante escritura 790 de 4 de febrero de 2010 de la Notaría Segunda de Manizales, *«cuando la misma se realizó con base en un testamento viciado de nulidad y en un contrato de transacción viciado de nulidad» «y por cuanto en la misma sucesión para la distribución de los bienes se dio aplicación a las estipulaciones testamentarias contenidas en la escritura pública 562 de 5 de mayo de 2006 de la Notaría Primera de Manizales, que resulta ser un título nulo»*.

d.-) Que se ordene a todos los herederos restituir los

bienes adjudicados en las hijuelas del trabajo de partición, en la sucesión de la causante Fabiola Botero de Gaviria que obra en la escritura 790 de 2010, cuyo inventario se reseña en el hecho 21 de la demanda.

2.- Sustentan sus aspiraciones en los hechos que admiten el siguiente compendio (fls.3-13, cd.1):

a.-) La señora Fabiola Botero de Gaviria, de estado civil viuda, con sociedad conyugal liquidada, otorgó testamento abierto mediante escritura pública 562 de 5 de mayo de 2006, de la Notaría Primera de Manizales, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos al libro de testamentos, página 404, partida 58 del año 2006; instrumento este en el que igualmente revocó testamento anterior, otorgado mediante escritura pública 1684 del 17 de diciembre de 2001 de la Notaría Primera de Manizales.

b.-) En el otorgamiento del testamento abierto de que da cuenta la escritura 562 de 2006, además de la señora Fabiola de Gaviria, concurrieron los señores Doralba Ospina Toro, María Melva Ospina Toro y Guillermo Rodríguez Posada, todos mayores de edad, con domicilio en Manizales, quienes manifestaron en dicha escritura ser personas hábiles e idóneas para testimoniar y no cobijadas por ningún impedimento legal para actuar como testigos instrumentales, de lo cual dio fe el Notario, tal como se puede leer en el citado instrumento, cuando salta a la vista que las señoras Ospina Toro tienen idénticos apellidos, lo que debió llevar al Notario

a indagar, en debida forma, sobre su parentesco, pues son hermanas, lo que lleva a la inhabilidad de las testigos y, consecuentemente, a la nulidad y carencia de validez del testamento, acorde con lo previsto en los artículos 1068-15 y 1083 del Código Civil.

c.-) En el citado testamento la causante determinó que, para la distribución de sus bienes la cuarta de libre disposición sería para su hija María del Pilar Gaviria Botero y la cuarta de mejoras para sus hijas Beatriz y Adriana Sofía Gaviria Botero y el resto se distribuyera entre sus tres hijas y la estirpe de su hijo Fortunato Gaviria Botero, ya fallecido, a saber: Camilo, Pamela y Milton Mateo Gaviria Gutiérrez.

d.-) La señora Fabiola Botero de Gaviria falleció el 9 de octubre de 2008, fecha desde la cual se defirió la herencia y surge, en representación de su difunto padre Fortunato Gaviria Botero, la legitimación de los demandantes para impugnar el testamento.

e.-) Que todos los descendientes de la causante Fabiola Botero de Gaviria, incluidos los demandantes, acudieron al abogado Ernesto Juan Gabriel Devis Morales, designándolo como apoderado de confianza para que adelantara todas las gestiones atinentes a la sucesión de la causante.

f.-) Adujeron que *«[C]omo quiera que el abogado Devis Morales lo era de todas las partes interesadas, las demandantes le indagaron sobre la validez del testamento contenido en la escritura 562 de 2006 y, ante la manifestación del abogado de que el mismo no tenía*

ningún problema, confiaron de buena fe en el dicho de quien era su apoderado y que éste había sido estudiado de manera tal que no adoleciera de ningún vicio y, en consecuencia, celebraron el contrato de transacción referido y posteriormente se elevó a escritura pública el trabajo de Partición y Adjudicación de bienes en la sucesión intestada de la causante que obra en la escritura pública 790 del 4 de febrero de 2010 de la Notaría Segunda de Manizales, aclarada mediante la escritura pública 10000 del 27 de diciembre de 2010 de la Notaría Segunda de Manizales».

g.-) Con posterioridad al acuerdo de transacción y entregada la escritura de partición y adjudicación, otra vez revisaron el testamento contenido en la escritura 562, en el cual se encuentra a primera vista que las señoras Doralba Ospina Toro y María Melva Ospina Toro, testigos testamentarias, son hermanas entre sí, y en los registros civiles de éstas se establece que son hijas de Jesús María Ospina y Clara Elena Toro, lo cual se prueba plenamente con dichos registros, que se anexan a la demanda, lo que determina que por la inhabilidad de los testigos se configura una causal de nulidad absoluta del testamento.

h.-) Los demandantes asumieron de buena fe que el testamento no adolecía de vicios que afectaran su valor y validez y, ante las diferencias surgidas entre las partes al momento de la sucesión y la partición de bienes, en especial las vinculadas a 1.580.000 cuotas de interés social que la causante tenía en la sociedad Inversiones y Asesorías Capira Ltda., los herederos iniciaron negociaciones con el fin de obtener el reconocimiento del acervo imaginario en la sucesión del causante.

i.-) Que las hermanas Gaviria Botero, luego de amplias discusiones aceptaron reconocer a los hermanos Gaviria Gutiérrez un acervo imaginario, razón por la cual todos suscribieron un contrato de transacción, plasmado en la escritura 3821 de 2009, en el cual se acordó la distribución de los bienes, dando plena aplicación a la voluntad de la causante expresada en la escritura 562 de 2006, sin que se hubiera hecho mención alguna sobre la validez del testamento, que era la consideración principal para transigir, y se le hizo a los hermanos Gaviria un reconocimiento por dicho acervo imaginario, dejándose de convenir sobre la validez del testamento, por lo que *«[S]e desprende claramente que la consideración principal y determinante que tuvieron los hermanos Gaviria Gutiérrez para transigir, fue que los citados hermanos Gaviria Gutiérrez aceptaran dar aplicación a la voluntad testamentaria de Fabiola Botero de G. plasmada en la referida escritura pública 562 (sin consideración alguna sobre su validez), acto elevado a escritura pública que está viciada de nulidad absoluta. En virtud de la transacción se les adjudicó vía pasivo un 3.3841% por encima del 12.5 %, que les correspondería si se hubiera estado a lo literal del testamento»*.

j.-) Sostienen que *«[T]eniendo en cuenta que el citado testamento está viciado de nulidad absoluta, no tiene valor alguno y el mismo sirvió de título o de causa eficiente para transigir»*, aceptando celebrar la transacción sin convenir sobre la validez del testamento, acordaron dar aplicación a la escritura 562 de 2006, lo que *«les disminuyó considerablemente los bienes a heredar de su difunta abuela»*, pues de hecho se les dejaron de adjudicar activos y pasivos que se discriminan en el hecho 14 de la demanda.

k.-) Que, de acuerdo con el contenido del artículo 2477 del Código Civil, es claro y evidente que ante la nulidad del testamento, por el vicio claro e indudable de la inhabilidad existente entre los dos testigos instrumentales, que sirvió de base a la transacción ésta se encuentra igualmente viciada de nulidad , más aun teniendo en cuenta que aquel vicio es absoluto *«la ley expresamente le resta todo valor, vale decir, no es saneable y no es subsanable por voluntad de las partes y más cuando en el contrato de transacción no se trató expresamente sobre la nulidad que afectaba el testamento»*.

l.-) Como consecuencia de la transacción referida, viciada de nulidad, se distribuyeron los bienes de la causante conforme lo expresado en el testamento aludido, *«incluyendo el acervo imaginario y el cual fue pagado con acciones de la sociedad INVERSIONES Y ASESORIAS CAPIRA LTDA»*, sin advertir que el citado testamento contenía un vicio de tal naturaleza que acarrearía su nulidad absoluta y, por tanto, no puede ser un título válido que permita celebrar un contrato de transacción, menos aún para adelantar la sucesión de la causante, al tenor de las estipulaciones testamentarias viciadas de nulidad.

m.-) El apoderado común procedió a iniciar la sucesión de manera intestada ante la Notaría Segunda de Manizales y, en todo caso, dando cumplimiento al acuerdo de transacción, aplicando las reglas de asignación y partición señaladas en el testamento plasmado en la escritura 562 de 2006.

n.-) En el hecho doce de la solicitud de apertura de la sucesión *«expresa y claramente se manifiesta que se aplicará el testamento para la distribución de los bienes y dice textualmente: “12) por voluntad expresa y escrita de todos los interesados, mis poderdantes, el proceso Notarial de sucesión de la señora FABIOLA BOTERO DE GAVIRIA se llevará a cabo con base en el testamento contenido en la escritura pública número 562 del 5 de mayo de 2006 de la Notaria primera del círculo de Manizales y en la transacción contenida en la escritura pública número 3821 de 20 de agosto de 2009 de la Notaría 29 de Bogotá”, luego es indudable que ante la nulidad del testamento surgen la nulidad de la transacción y del trabajo de partición y adjudicación adelantados dentro de la sucesión de la causante, por cuanto esta última se adelantó con base en un acuerdo de transacción viciado de nulidad, al haberse derivado de un título nulo (el testamento)».*

o.-) Ante *«la evidente nulidad del testamento referido y las nulidades del contrato de transacción referido y de la referida sucesión de la causante, se produce y se está causando un perjuicio patrimonial a los descendientes de Fortunato Gaviria Botero, a saber los citados hermanos Camilo, Pamela y Milton Mateo Gaviria Gutiérrez, por cuanto con base en un testamento viciado de nulidad absoluta se transigió de manera tal que los bienes relictos se distribuyeran conforme a las reglas señaladas en el viciado testamento, con la salvedad del acervo imaginario reconocido vía pasivo, estando pues distribuido de manera inequitativa e ilegal la herencia de la señora Fabiola Botero con base en una transacción, itero, viciada igualmente de nulidad...».*

p.-) Que el patrimonio de la causante estaba conformado por activos en cuantía de \$1.641.522.770,00 y un pasivo de \$1.002.301.447,00 para un total líquido de \$639.221.323.00 –según se detalla en la demanda- que se distribuyó de acuerdo con los porcentajes indicados en el testamento y según lo acordado en la transacción, *«y se hizo*

partición del activo de la herencia formándose las hijuelas para los herederos adjudicándose los seis bienes del activo líquido a partir. En consecuencia con el testamento y la transacción, se adjudicó en la hijuela número Dos el 37.5% para la señora María del Pilar Gaviria Botero. Así mismo en las hijuelas número Tres y Cuatro se les adjudicó a cada una de las señoras Beatriz y Adriana Sofía Gaviria Botero el 25% de cada uno de los seis bienes a partir y a los hermanos Gaviria Gutiérrez en las hijuelas cinco, seis y siete, se les adjudicó a cada uno el 4.16% para completar el 12.5%. Es claro e indudable que para la partición del activo de la herencia de la causante se dio estricto cumplimiento a las estipulaciones testamentarias contenidas en la escritura 562 del 5 de mayo de 2006 de la Notaría 1 del círculo de Manizales, viciada de nulidad y, en la transacción viciada de nulidad contenida en la escritura 3821 del 20 de agosto de 2009 de la Notaría 29 de Bogotá, aplicación testamentaria que no era procedente en razón de la nulidad del testamento, generándose un claro detrimento patrimonial a los hermanos Gaviria Gutiérrez».

q.-) Señalan que, en razón a «la cadena de nulidades y en especial ante la evidente nulidad de la partición y adjudicación de bienes en la sucesión de la causante, se debe adelantar una nueva sucesión o realizar una sucesión adicional con el fin de igualar a los hermanos Gaviria Gutiérrez y adjudicar a los hermanos Camilo, Mateo y Pamela Gaviria Gutiérrez el 25% de los pasivos», «Así mismo, en las hijuelas del activo se debe adjudicar adicionalmente el 12.5% de cada uno de los seis activos inventariados para así completar a los tres herederos el 25% del total de los activos y pasivos sociales que les corresponden según las reglas de la sucesión intestada, ante la revocatoria del testamento anterior y la nulidad del testamento aplicado a la sucesión para la partición de los bienes».

r.-) Adicionalmente, para cubrir el acervo imaginario, se le deberá adjudicar a los hermanos Gaviria Gutiérrez 53.467 cuotas de interés social que equivalen al 3.38411%

del total de las cuotas de interés social en la sociedad INVERSIONES Y ASESORIAS CAPIRA LTDA, a razón de 17.822 y fracción de cuotas para cada uno.

3.- El Juzgado Cuarto de Familia de Manizales, despacho al que le correspondió conocer de la demanda, el diecinueve (19) de agosto de dos mil once (2011), la admitió y dispuso los traslados pertinentes.

4.- Al proceso concurren las demandadas María del Pilar Gaviria Botero, Beatriz Gaviria Botero y Adriana Sofía Gaviria Botero, oponiéndose a las pretensiones, y alegando como excepciones las que denominaron: falta absoluta de causa para impetrar la acción, derivado de la inexistencia de nulidad absoluta del testamento otorgado mediante escritura pública N° 562 del 5 de mayo de 2006 de la Notaría Primera de Manizales; prevalencia y cumplimiento del contrato de transacción celebrado entre las partes el cual consta en la escritura N° 3821 del 20 de agosto de 2009 de la Notaria 29 de Bogotá, el cual es ley para las partes y prima sobre el testamento; inexistencia de perjuicios causados, como consecuencia del trabajo de partición y adjudicación de los bienes en la sucesión intestada de la señora Fabiola Forero; saneamiento de la nulidad existente en el testamento otorgado por medio de escritura N° 562 del 5 de mayo de 2006, a través de la celebración del contrato de transacción; transacción celebrada entre las partes y que consta en la escritura 3821 de 20 de agosto de 2010 de la Notaria 29 de Bogotá; y, prescripción y caducidad de la acción (folios 162 a 183 y 185 a 215 Cd. 1).

También formularon las excepciones previas de transacción e ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

5.- El nueve (9) de noviembre de dos mil once (2011), el juez de conocimiento, tuvo por notificadas a las demandadas por conducta concluyente (fl. 222, cd. principal).

6.- El quince (15) de agosto del siguiente año (2012), se llevó a cabo la audiencia prevista en el artículo 101 del C. de P.C. (fls. 281 a 283, misma encuadernación). En dicho acto procesal, frustráneo en lo concerniente con la conciliación convocada, el juzgador resolvió de manera desfavorable las excepciones previas formuladas y recopiló algunos elementos probatorios, abriéndose formalmente el proceso a pruebas el treinta y uno (31) de agosto de la misma anualidad (fls. 292 *ib.*).

7.- El trece (13) de noviembre de dos mil doce (2012), (fl. 309 *idem*), el funcionario judicial convocó a las partes para la presentación de sus alegaciones finales. De este derecho hicieron uso todos los sujetos procesales.

8.- El cinco (5) de febrero de dos mil trece (2013), se profirió sentencia que definió el conflicto. Acogió las súplicas expuestas por la parte actora. En esa dirección, declaró la nulidad absoluta del acto testamentario contenido en la escritura pública N° 562, otorgada en la Notaria Primera de

Manizales de la causante Fabiola Botero de Gaviria. Negó las excepciones formuladas y ordenó el registro de la sentencia sobre la inscripción de los bienes en que se hayan surtido.

A solicitud de parte se profirió sentencia complementaria el 13 de febrero de 2013, en la cual se declaró la nulidad absoluta del contrato de transacción celebrado entre las partes, mediante escritura pública N° 3821 del 20 de agosto de 2019 de la Notaría 29 de Bogotá, como consecuencia del acto testamentario revestido de nulidad absoluta. Así mismo del trabajo de partición y adjudicación de bienes, en la sucesión de la señora Fabiola Botero de Gaviria y, en consecuencia, vuelvan las cosas al estado *ab initio* y se ordena a todos los herederos restituir los bienes adjudicados en las hijuelas del trabajo de partición y con ellos los frutos que hubieran producido, para distribuirse conforme a las reglas de la sucesión intestada.

El fallo fue apelado por las convocadas al proceso.

9.- La Corporación acusada, el quince (15) de agosto de dos mil trece (2013), resolvió la impugnación confirmando con adición la decisión recurrida (folios 23 a 50, Cd. No. 3).

10.- 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

Tras referirse a los antecedentes del caso, el Tribunal comienza su estudio con el análisis de la pretensión de nulidad absoluta del testamento, frente a la cual consideró que en el proceso quedó demostrado *«que las señoras Doralba Ospina Toro (sic) y María Melva Ospina Toro son hijas de Jesús María Ospina Gil y Clara Elena Toro Duque, tal como se demuestra de los respectivos registros civiles de nacimiento, obrantes a Fls. 99 y 100 del c. 1»*.

Manifiesta que una de las precisas causas de inhabilidad de los testigos es la referida en el numeral 15 del artículo 1068 del C.C., respecto de la cual afirma, que *«la prohibición es pues legal, y como tal debe ser interpretado el precepto en mención en forma restringida, sin que quepa extenderlo por analogía a casos distintos o parecidos de los que el mismo prevé en forma taxativa. Así por más que parezca carente de fundamento la prohibición contenida en el numeral 15 de la norma arriba mencionada, tal disposición es de obligatorio cumplimiento en los testamentos solemnes, y no podrá el fallador con el simple argumento de ser carente de fundamento el citado precepto desconocerlo y darle validez a un testamento que por disposición del legislador, es nulo, de nulidad absoluta por violación de las solemnidades exigidas para el acto»*.

Apunta que «la teoría del error común inexcusable, en el campo de las solemnidades del testamento, el legislador la limitó en esta materia a las inhabilidades de los testigos enlistados en el artículo 1068 del C.C., según se desprende de lo dispuesto en el artículo 1069 de la obra citada», esa inhabilidad, sostiene, «se funda en la buena fe. En efecto, es posible que no se conozcan ocultos lazos de parentesco existentes entre testador y un testigo, o alguna otra de las causales de

impedimento que enumera el artículo 1068 del C.C.».

Sostiene que en el caso concreto se demostró el parentesco de las testigos, concurriendo así la causal de inhabilidad del citado artículo 1068 numeral 15, por lo que infiere que, en el testamento otorgado por la causante Fabiola Botero de Gaviria *«no se dio cumplimiento a la formalidad que consiste en la habilidad de los testigos que deben intervenir en el mismo, cuya omisión determina la nulidad absoluta del acto testamentario, como lo dispone el artículo 11 de la Ley 95 de 1890».*

Aborda el escrutinio de las excepciones para afirmar, respecto de la denominada “falta absoluta de causa para impetrar la acción derivada de la inexistencia de nulidad absoluta”, que en el proceso *«quedó determinado que el testamento otorgado por Fabiola Botero de Gaviria, adolece de nulidad por existir inhabilidad de dos testigos instrumentales, tal como se dejó examinado»;* respecto de la denominada saneamiento de la nulidad existente en el testamento, a partir del contenido del artículo 2469 del C.C., desestima dicho medio, *«toda vez que la existencia del contrato de transacción, por el cual, los contratantes acordaron poner fin a las diferencias que pudieran existir, con ocasión de los porcentajes a repartir de las cuotas sociales de la sociedad denominada “Inversiones y Asesorías Ltda.», de propiedad de la causante Fabiola Botero de Gaviria, en modo alguno puede suplir la formalidad legal, en cuanto a la habilidad del testigo co-pariente, cuya omisión engendra nulidad de la memoria testamentaria; además, de que dicha nulidad, no fue objeto de la transacción; las partes no transigieron sobre ella. La Sala se remite al estudio que se hizo con relación a la capacidad de los testigos instrumentales y a las causas de inhabilidad consagradas en el numeral 15 del art. 1068 del C.C.».*

En relación con la exceptiva de prescripción formulada por la codemandada María del Pilar Gaviria, se apoya el Tribunal en el artículo 1 de la ley 791 de 2002 y, apunta que *«El testamento se otorgó el 5 de mayo del 2006 y la demanda fue presentada el 10 de agosto de 2011; por lo cual el plazo para ejercer la acción no ha transcurrido».*

Respecto de la pretensión consecencial de nulidad absoluta del contrato de transacción y cesión de derechos hereditarios a título universal, evoca el contenido de la memoria testamentaria, lo manifestado por esta Corporación en relación con el mentado contrato, así como el clausulado específico del celebrado por las partes y en atención al contenido de los art. 2477, 2469 y 1602 del C.C., indica, que *«en el caso concreto, el testamento otorgado por la señora Fabiola Botero de Gaviria, extendido en la escritura Pública N° 562 del 5 de mayo de 2006 fue declarado nulo, por no haberse dado cumplimiento a la formalidad que consiste en la habilidad de los testigos que deben intervenir en el acto jurídico»; que al examinar la cláusula primera «[L]a expresión de los contratantes, en cuanto a que respetarían las adjudicaciones que hizo la otorgante en el acto jurídico de su patrimonio relicto en el juicio de sucesión, con la excepción anotada, ello por sí solo no refleja un abandono recíproco de una parte de sus pretensiones en favor de otra, de allí que no pueda predicarse que el contrato de transacción por este aspecto resulte nulo por devenir del testamento declarado nulo extendido en la Escritura Pública N° 562 del 5 de mayo de 2006»; que lo transigido por las partes fueron los derechos hereditarios relacionados con las cuotas sociales que figuran a nombre de la señora Fabiola Botero de Gaviria, en donde las convocadas cedieron a favor de los demandantes a título de transacción «parte de las cuotas sociales que les correspondan o*

puedan corresponder en la sucesión de la señora Botero Gaviria. Por su parte éstos últimos cedieron a título de transacción a favor de las herederas inicialmente mencionadas, “cualquier derecho adicional de herencia” que les corresponda o pueda corresponder en la sucesión de su señora abuela y progenitora respectivamente. Lo anterior por cuanto es la voluntad de todas las partes que lo dispuesto en el mencionado testamento y las cesiones que se hacen por esta Escritura Pública sean las reglas y forma como se ha de repartir el patrimonio relicto que ha de ser inventariado en el proceso de sucesión de la señora FABIOLA BOTERO DE GAVIRIA (Fl. 29 Vto. C. 1). Tanto el Grupo Gaviria Botero como el Grupo Gaviria Gutiérrez expresaron haber aceptado las cesiones y haberlas recibido a entera satisfacción».

Refiere, que en el mencionado contrato «los herederos del grupo Gaviria Gutiérrez como consecuencia de la cesión renunciaron expresamente a insistir en sus pretensiones y en consecuencia, “no instauraran ningún tipo de proceso judicial relacionada con el contrato de transacción”, “ni sobre los bienes de la sucesión”», precaviendo así cualquiera que en el futuro pudiera presentarse en razón de los hechos indicados.

De todo ello extrae el Tribunal que, vista la transacción de manera independiente del acto testamentario protocolizado en la escritura 562, «habría que concluir que el contrato de transacción, no deviene de un contrato nulo, esto es, del testamento que adolece de nulidad debidamente protocolizado»; pero «mirada la transacción teniendo como precedente su origen, esto es, lo que motivó o llevó a las partes a transigir sobre los derechos hereditarios universales relacionados con las cuotas sociales, fue precisamente el estar en disconformidad con la forma como la testadora efectuó la adjudicación de dichas cuotas en el testamento, lo cual se traduce en que la transacción tuvo como fuente directamente el acto testamentario, adviértase que quienes transigieron estuvieron conformes con las demás

adjudicaciones que hizo su señora madre y abuela paterna excepto en lo relacionado con dicho bien, acordándose además que es voluntad de todas las partes que lo dispuesto en el mencionado testamento y las cesiones que se hacen en el contrato de transacción, sean las reglas y forma como se ha de repartir el patrimonio relictivo que ha de ser inventariado en el proceso sucesorio de la causante Fabiola Botero; de dichas consideraciones puede predicarse que la transacción efectuada por las partes deviene del testamento otorgado por ésta, el cual se declaró sin validez por las razones expuestas».

Señaló el *ad quem*, que «no queda duda de que el contrato de transacción celebrado por las partes Gaviria Botero y Gaviria Gutiérrez obedeció precisamente para apartarse de la última voluntad de la testadora al no respaldar la adjudicación de las cuotas sociales en la forma como se hizo en el testamento debidamente protocolizado, por lo cual ha de afirmarse que la transacción sí tuvo un origen o nacimiento en el acto testamentario y resultando éste sin eficacia ante la nulidad declarada, ello lleva a concluir que la transacción se celebró en consideración de un título nulo, encuadrando el caso en lo dispuesto en el art. 2477 del C.C. La nulidad surge como consecuencia de la nulidad del testamento», de donde colige que dicha transacción resulta ser nula «en todas sus cláusulas ya que no resulta jurídicamente viable, escindir las disposiciones de la transacción, en razón del principio de indivisibilidad que rige el contrato de transacción, de modo que no se puede declarar la nulidad de una de sus cláusulas sin que por el mismo hecho corran igual suerte todas las otras estipulaciones acordadas».

Continuando en esa línea argumentativa, determina el Tribunal que declarados nulos el testamento y la transacción celebrada entre las partes, «que sirvieron como base para efectuar las adjudicaciones de los bienes relictivos en el proceso sucesorio de la causante, se impone de manera consecencial dejar sin efecto y disponer la nulidad tanto del trabajo de partición y adjudicación de los bienes practicados en dicho juicio, y como consecuencia ha de quedar sin valor

y se decretará la nulidad de las Escrituras Públicas Nos. 790 del 4 de febrero de 2010 de la Notaría Segunda de esta ciudad, a través de la cual se protocolizó el trabajo de partición y adjudicación de bienes en la sucesión de la causante Fabiola Botero de Gaviria (Fls. 37 a 51 C. 1); así como su aclaración mediante Instrumento Público N° 10000 del 27 de diciembre del mencionado año y de la citada Notaría, respeto de lo que fue objeto aclaración (Fls. 94 a 98 ídem)».

Y frente a las excepciones formuladas determinó, que *«resultan imprósperas toda vez que existen motivos legales suficientes para declarar la nulidad del contrato de transacción y cesión de derechos hereditarios a título universal, por haber sido celebrado dicho contrato en consideración a un título nulo, esto es al testamento que quedó viciado de nulidad absoluta, plasmado en la Escritura Pública N 562 del 5 de mayo del 2006».*

Por último sostuvo, que la determinación adoptada en la instancia, en relación con la restitución de los bienes relictos adjudicados en las respectivas hijuelas con los frutos que hubiere producido para distribuirse conforme a las reglas de la sucesión intestada, se encuentra ajustada a derecho.

III.- LA DEMANDA DE CASACIÓN

En la demanda que soporta el recurso extraordinario de casación el censor formula dos (2) cargos contra la sentencia impugnada, ambos con soporte en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil: el primero, por violación indirecta por errores de hecho, y el segundo por violación directa, que la Corte resolverá conjuntamente, dada

la identidad de las normas sustanciales que se aluden infringidas y la íntima relación que tienen los argumentos en que los mismos se soportan, de suerte que admiten consideraciones comunes.

PRIMER CARGO

Acusa la violación indirecta por errores de hecho, del siguiente articulado:

a). Artículos 1008, 1009, 1010, 1011, 1012, 1037, 1055, 1059, 1064, 1067, 1068 numeral 15, 1070, 1072, 1073, 1075 del Código Civil;

b). En relación con los anteriores, los artículos 1068 numeral 15, 1740, 1741, artículo 2° de la ley 50 de 1936 (que subrogó el artículo 1742 del Código Civil), 1746, 1752, 1753, 1754 del Código Civil; artículo 11 de la ley 95 de 1890.

c). En relación con los anteriores, los artículos 2469, 2477, 2479, 2483, 2485, del Código Civil.

d). En relación con los anteriores, artículos 1374, 1375, 1382, 1394, 1395, 1400, 1401, 1405, del Código Civil.

Disposiciones que considera vulneradas por el Tribunal en la sentencia impugnada como consecuencia de errores de hecho en relación con las pruebas que obran en el expediente.

Estructura su reproche en tres partes, así:

I. Sostiene que el Tribunal quebrantó las referidas disposiciones, toda vez que dedujo, equivocadamente, la nulidad absoluta del testamento otorgado por la señora Fabiola Botero de Gaviria, contenido en la escritura pública N° 562 de 5 de mayo de 2006, de la Notaría Primera de Manizales, sin parar mientes que las partes del proceso mediante transacción, que consta en la escritura 3821 de 20 de agosto de 2009 de la Notaría 29 de Bogotá, celebrada antes de la declaración de nulidad absoluta, **«no solo sanearon cualquier vicio de que pudiera adolecer el otorgamiento de ese testamento, sino que, hacia el futuro, decidieron libre y espontáneamente resolver cualquier diferencia que pudieran tener sobre la distribución de los bienes y asignaciones como herederos forzosos de la señora FABIOLA BOTERO DE GAVIRIA»**. Por lo que no podía el Tribunal decretar la nulidad absoluta de las escrituras 790 de 2010 y 10000 del mismo año, ambas de la Notaría Segunda de Manizales, mediante las cuales se protocolizó el trabajo de partición y adjudicación de los bienes en la sucesión de la mencionada causante y su aclaración, habida cuenta que *«al obrar de ese modo, desconoció el Tribunal, además, la voluntad libre y espontánea de los asignatarios forzosos de hacer la distribución de los bienes a los que tenían derecho en la sucesión de la señora FABIOLA BOTERO DE GAVIRIA»*.

Apunta que dicho proceder desconoce el alcance de la transacción en el orden interno, la protección y eficacia que debe tener la última voluntad de un causante y el saneamiento de las nulidades, *«como remedio para superar*

eventuales omisiones de formalidades que no pueden prevalecer sobre la última voluntad de un causante y el ánimo de los sujetos de derecho de arreglar pacíficamente sus diferencias sin necesidad de acudir a los órganos judiciales».

II. Hace referencia al alcance y repercusiones del principio de la autonomía de la voluntad y la posibilidad de que, en desarrollo de la misma, las partes puedan *«llevar a cabo un acto jurídico mediante el cual, conforme lo indica el artículo 2469 del Código Civil, “terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”»,* siendo requisitos de ésta de un lado una controversia entre dos o más personas y la necesidad de recíprocas concesiones entre ellas, la cual a voces del artículo 2483 del C.C. produce efectos de cosa juzgada en última instancia, pudiéndose reclamar su nulidad o rescisión *«por los artículos 2476 a 2482, pero también por las causales generales de nulidad de los negocios jurídicos consagrados por los artículos 1740 a 1756 y por supuesto demandarse la resolución de conformidad con el artículo 1546 ejusdem, por tratarse de un contrato bilateral»,* siendo necesario que la misma sea reflejo del acuerdo de voluntades *«en torno a cómo dispusieron precaver un litigio o ponerle término, con las concesiones recíprocas que caracterizan convenio semejante».*

Dice que en este asunto, el Tribunal tampoco tuvo en cuenta que el contrato de transacción contenido en la Escritura 3821 de 2009 de la Notaría 29 de Bogotá, *«fue celebrado entre las partes antes de haberse declarado judicialmente la nulidad absoluta del testamento otorgado por la señora Fabiola Botero de Gaviria, y así las cosas no podía aplicar el Tribunal indebidamente el artículo 2477 del Código Civil, en la medida en que como lo señala la doctrina más autorizada sobre la materia, “la nulidad absoluta debe ser declarada por el juez y no obra de pleno derecho”, (Claro Solar,*

Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Volumen sexto , pág. 602 y siguientes Editorial Jurídica de Chile). Por lo que como igualmente lo sostiene Arturo Alessandri Rodríguez, la nulidad absoluta debe ser declarada por el juez y no obra de pleno derecho. En otros términos, el acto jurídico nulo absolutamente produce efectos mientras la nulidad no se declare por sentencia judicial.” (Derecho Civil Parte General. Tomo I. Volumen segundo página 430 y siguientes. Editorial Nascimento). Es decir, antes de que hubiera declaración judicial de nulidad absoluta del citado testamento, las partes transaron sus diferencias alrededor de los bienes dejados por la causante Fabiola Botero de Gaviria, y sanearon cualquier vicio de que hubiera podido adolecer el testamento, por lo que refulge la validez de esa transacción».

Al examinar lo relacionado con la nulidad del testamento, se refiere al reconocimiento que el legislador hace a la libertad de testar, así como a las formalidades que de dicho acto se exigen para impedir que la voluntad del testador pueda ser deformada o cambiada, unas veces con más requisitos que otros, según la clase de testamento de que se trate, pero siempre con alguna solemnidad como se consagra en el artículo 1055 del C.C., para seguidamente hacer alusión al testamento abierto y lo trascendental de la presencia de los testigos, porque en su sentir, «es inasequible a refrendación defensa o impugnación por parte del único autor, y porque en caso de controversia sobre su validez, inclusive sobre el verdadero alcance de las disposiciones cuando sean ambiguas u oscuras, son los llamados a declarar”. (Cas. Civ. Sentencia 179 de 26 de octubre de 2004)».

Frente al saneamiento de la nulidad, arguye que el artículo 1742 del C.C. subrogado por el artículo 2 de la ley 50 de 1936, determina que la absoluta «cuando no es generada

por objeto y causa ilícitos puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria», modificación que, estima, no es de poca monta, comoquiera, que en materia de saneamiento de la nulidad absoluta, citando al doctor Ospina Fernández «en punto de la inobservancia de requisitos no esenciales, sino para el valor de la forma solemne, el sistema vigente hasta la reforma excluía la ratificación del acto, vale decir, su saneamiento con efecto retroactivo hasta la celebración de dicho acto (ex tunc, lo que desde luego no obstaba la celebración de un nuevo acto no afectado por el mismo vicio, el cual está llamado a producir la plenitud de sus efectos legales para el futuro ex nunc). La reforma no contempló expresamente esta cuestión; pero al autorizar la ratificación del acto así viciado, tácitamente le dio al nuevo acto, el de la ratificación, la virtualidad de sanear en forma retroactiva el acto absolutamente nulo. Al igual que la ratificación de un acto relativamente nulo».

Puntualiza, que de «*las diversas definiciones enunciadas, dice Alessandri Besa, “se desprende la verdadera naturaleza jurídica de la confirmación que, en el fondo no es otra cosa que la renuncia del derecho de alegar la nulidad, sea como acción, sea como excepción. Los autores están de acuerdo en considerar a la confirmación como una especie de renuncia del derecho a alegar la nulidad hecha por su titular. Esta renuncia, puede ser expresa, cuando la persona que tiene el derecho a alegar la nulidad hace desaparecer en forma explícita el vicio que afectaba el negocio jurídico o tácita que consiste en el cumplimiento voluntario del acto nulo.” (ob. Cit. Pág. 992)*».

III. Apuntó que, «*el sentenciador de segundo grado incurrió en significativos yerros de apreciación probatoria, especialmente en relación con la apreciación e interpretación del contrato de transacción al que tanto se ha hecho referencia, cercenando su verdadero sentido y alcance, deformando la voluntad de las partes y la intención que tuvieron al celebrarlo, pues no vio, como ya lo he indicado, que no sólo sanearon*

cualquier vicio que pudiera tener el testamento otorgado por la señora Fabiola Botero de Gaviria, sino que decidieron como sería la distribución de los bienes dejados por la causante, a los que tenían derecho, sin importar que la sucesión fuera testada o intestada, como expresamente lo manifestaron, y que se reflejó en el trabajo de partición y adjudicación llevado a cabo, razonamientos no tenidos en cuenta en la sentencia ineludiblemente se convierten en errores facticos del Tribunal en la apreciación de pruebas que obran en el expediente».

Desgrana el censor los errores, en esencia, así:

Error de hecho en la interpretación del contrato de transacción, *«si se tiene en cuenta que llevaron al Tribunal erróneamente a proferir la sentencia estimatoria de las pretensiones de los demandantes».*

«Tal como aparece en las manifestaciones iniciales de la citada escritura (folio 22 vto) no sólo se celebró un contrato de transacción sino además uno de cesión de derechos herenciales, teniendo en cuenta que según se dice allí, “hasta la fecha de este público instrumento no se ha iniciado proceso judicial ni notarial de sucesión respecto de la señora FABIOLA BOTERO DE GAVIRIA”. Es claro entonces que sobre sus derechos herenciales las partes de éste proceso podían disponer de los mismos a entera libertad y albedrío” y para celebrar ésta “los suscribientes acordaron determinar en el numeral doce de las consideraciones (folio 24) cómo estaba conformado el inventario de la totalidad de los bienes dejados por la causante y que como lo advierten los comparecientes aquí demandantes, (folio 25 vto Numeral 14 literal B) de las consideraciones), “en cualquier caso consideran que se debe respetar la última voluntad de la señora FABIOLA BOTERO DE GAVIRIA que es la que aparece en el testamento contenido en la escritura pública quinientos sesenta y dos (562) del cinco (5) de mayo de dos mil seis de la Notaría 1ª del Circulo de Manizales”».

Como si lo anterior fuera poco, del contenido de la cláusula primera del contrato de transacción *«se evidencia claramente que las partes de este proceso ratificaron la voluntad testamentaria de la causante y además dispusieron de sus derechos herenciales “no importando que sea sucesión testada o intestada”, con lo cual se exteriorizan aún más los errores manifiestos y trascendentales del Tribunal, en la medida en que las partes no solo ratificaron la última voluntad de la señora Fabiola Botero, saneando cualquier vicio que pudiera tener el testamento, sino que dispusieron de sus derechos herenciales con independencia de que la sucesión fuera testada o intestada»*.

A partir del contenido de la cláusula segunda de dicho contrato señaló, que el Tribunal *«no podía desconocer que las aquí demandantes mediante la transacción cedían parte de las cuotas sociales que pudieran tener en la mencionada sociedad, sin que esa voluntad pudiera ser desconocida por el Tribunal, pues además de que ratificaron expresamente la voluntad testamentaria de la señora Fabiola Botero, saneando cualquier vicio que pudiera tener el testamento, dispusieron de sus derechos en la forma expresada, voluntad que no podía desconocer el Tribunal, como lo hizo, incurriendo por tanto en error manifiesto y trascendente en la contemplación de esta cláusula»*.

Alude igualmente a lo convenido en la cláusula tercera del mentado negocio, en la que las partes *«respecto de las millón quinientas ochenta mil cuotas sociales que tenía la causante en la sociedad Asesorías Capira Ltda., se distribuyeron entre los comparecientes en la forma como allí aparece, sin que esta voluntad pudiera ser desconocida como sin ningún fundamento lo hizo el Tribunal, incurriendo en error manifiesto y trascendente, pues disponían de sus derechos herenciales, y además ratificaban la voluntad de la testadora, pues ese era su propósito, saneando de paso cualquier vicio de que*

hubiera podido adolecer el testamento». Apareciendo además, en el citado numeral que las partes «procedieron efectivamente a realizar las cesiones enunciadas en la forma como consideraron conveniente, partiendo de la distribución y adjudicación que hizo la testadora Fabiola Botero de Gaviria, sin que tal voluntad de los comparecientes hubiera podido ser desconocida por el Tribunal». Realizando igual análisis respecto de otras estipulaciones, cuyo contenido no podía desconocer el Tribunal.

Agregó que también son trascendentes y manifiestos los errores de hecho, en relación con la apreciación del trabajo de partición y adjudicación de los bienes de la causante Fabiola Botero de Gaviria, contenido en la escritura 790 del 4 de febrero de 2010 de la Notaría Segunda de Manizales, pues todos los herederos manifestaron su conformidad con que éstos se *«llevaran a cabo con base en el testamento contenido en la escritura pública número 562 del 5 de mayo de 2006 de la Notaría 1ª del Círculo de Manizales y en la transacción contenida en la escritura pública número 3821 del 20 de agosto de 2009 de la Notaría 29 del Círculo de Bogotá»*».

Compendia entonces su censura diciendo, que como consecuencia de los errores de hecho manifiestos y trascendentes puestos de presente, el Tribunal violó los artículos 1008, 1009, 1010, 1011, 1012, 1037, 1055, 1059, 1064, 1067, 1068 numeral 15 del Código Civil; 1070, 1072, 1073, 1075, del Código Civil, *«por cuanto se puede suceder a una persona a título universal en todos sus bienes y derechos y la sucesión de una persona puede ser testada o intestada, por lo que, respecto de la primera el testamento es el acto de una sola persona, de tal manera que busca la ley que el testamento esté rodeado de formalidades, pero*

siempre bajo el entendido de los asignatarios a título universal o herederos respeten la última voluntad del causante, normas que fueron desconocidas al haber declarado nulo el testamento de la señora Fabiola Botero de Medina», sin percatarse que los herederos habían convalidado y respetado las asignaciones hechas en el testamento, por lo que sanearon cualquier vicio o formalidad de que hubiera adolecido el acto testamentario mencionado.

En relación con los anteriores, los artículos 1068 numeral 15, 1740, 1741, artículo 2° de la ley 50 de 1936 (que subrogó el artículo 1742 del Código Civil), 1746, 1752, 1753, 1754, del Código Civil, artículo 11 de la ley 95 de 1890, por cuanto desconoció que de haber existido la falta de formalidad de la presencia de testigos hábiles, en el otorgamiento del testamento, *«esta era una nulidad saneable, y así se hizo al haber los herederos de la señora Fabiola Botero de Gaviria ratificado y aceptado las asignaciones hechas por la causante en vida, renunciando además a cualquier acción que se pudiera derivar de la distribución de los bienes hecha por la causante mencionada».*

En relación con los anteriores, los artículos 2469, 2477, 2479, 2483, 2485, del Código Civil, porque los herederos de la señora Fabiola Botero de Gaviria, en ejercicio del postulado de la autonomía de la voluntad privada, mediante contrato de transacción válidamente celebrado *«antes de la declaración judicial de nulidad absoluta del testamento otorgado por la señora Botero de Gaviria, ratificaron expresamente la última voluntad de la causante, saneando así cualquier vicio de que hubiera podido adolecer... renunciando además a cualquier acción judicial en relación con la distribución de los bienes sucesorales, y disponiendo de sus derechos como a bien lo quisieron hacer libre y voluntariamente».*

En relación con los anteriores, artículos 1374, 1375, 1382, 1394, 1395, 1400, 1401, 1405 del Código Civil, porque desconoció que los herederos de la causante Fabiola Botero de Gaviria *«realizaron el trabajo de partición y adjudicación de los bienes de su causante, en un todo de acuerdo no solo con la voluntad de la testadora, sino además como a bien lo quisieron hacer como titulares indiscutidos de derechos herenciales, que los facultaba para hacer y disponer libremente de esos bienes»*.

CARGO SEGUNDO

Denuncia que la decisión opugnada, viola de manera directa las siguientes normas de derecho sustancial:

a). Artículos 1008, 1009, 1010, 1011, 1012, 1037, 1055, 1059, 1064, 1067, 1068 numeral 15, 1070, 1072, 1073, 1075 del Código Civil.

b). En relación con los anteriores, los artículos 1068 numeral 15, 1740, 1741, artículo 2° de la ley 50 de 1936 (que subrogó el artículo 1742 del Código Civil), 1746, 1752, 1753, 1754 del Código Civil; artículo 11 de la ley 95 de 1890.

c). En relación con los anteriores, los artículos 2469, 2477, 2479, 2483, 2485, del Código Civil.

d). En relación con los anteriores, los artículos 1374, 1375, 1382, 1394, 1395, 1400, 1401, 1405, del Código Civil.

Afirma que las mencionadas disposiciones *«fueron violadas directamente por el Tribunal como consecuencia de errores puramente jurídicos, al omitir aplicar las disposiciones que gobiernan este asunto, y de otra, por aplicar las que no eran pertinentes y por aplicar las pertinentes haciéndolas actuar con eficacia decisoria, pero atribuyéndoles una inteligencia distinta de la que verdaderamente corresponde»*. Raciocinio que hace descansar en tres premisas, que a continuación se exponen:

Luego de hacer un recuento de los soportes argumentativos del Tribunal, en relación a los vicios invalidantes que afectaron los actos y negocios jurídicos opugnados, así como recordar algunas pautas de interpretación normativa demarcadas por esta Corporación, sostiene que *«el Tribunal en la sentencia objeto de este recurso, parte de varias premisas o fundamentos jurídicos»*; que de conformidad con el artículo 1741 del Código Civil las causales de nulidad absoluta de los actos o contratos son cuatro, entre las que se encuentra 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»*, la cual según lo dicho por esta Corte *«constituye una excepción al principio de la consensualidad que ha cobrado vigencia en el derecho moderno. Por lo demás, tal motivo de nulidad, como claramente lo indica el artículo 1740 ibidem, en asocio con el inicialmente citado, se refiere a las formalidades prescritas por la ley como requisitos “para el valor del mismo acto o contrato”, en consideración” a su “naturaleza”, y no a la calidad y estado de las personas que los ejecutan o acuerdan. En otras palabras, como lo ha expuesto la jurisprudencia y la doctrina, la norma comprende en la exigencia para derivar de su omisión la sanción mencionada, las llamadas formalidades ad probationem o ad substantiam actus, por oposición a las formalidades ad probationem, que son exigencias para la*

prueba del acto o contrato, pero que en manera alguna comprometen la vida misma del negocio, como ocurre con las primeras... (Cas. Civ. Sentencia 30 de 24 de mayo de 2000)».

Si bien para la declaración de nulidad absoluta del acto testamentario adujo el tribunal, que se configuraba la causal referida en el artículo 1068 numeral 15 y que se hacía aplicable igualmente el artículo 11 de la ley 95 de 1890, desconoció que esa causal de nulidad absoluta es saneable, en los términos del artículo 1742 subrogado por el artículo 2 de la ley 50 de 1936, que determina que «*cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria*», adentrándose entonces en el análisis que la doctrina y la jurisprudencia hace del saneamiento de los actos o contratos, la cual puede ser expresa o tácita a términos del artículo 1752 del C.C.

Arguye que el Tribunal «*no solo no tuvo en cuenta las normas sustanciales antes mencionadas, en materia de saneamiento de la nulidad absoluta cuando no proviene de objeto y causa ilícita, sino que le negó efectos jurídicos al contrato de transacción por deducir equivocadamente que estaba sustentado en un contrato nulo, aplicando indebidamente el artículo 2477 del Código Civil, sin parar mientes que mediante el contrato de transacción, que el Tribunal aprehendió, y vio, celebrado entre las partes mediante escritura pública N° 3821 de 20 de agosto de 2009 de la Notaría 29 de Bogotá, las partes se comprometieron a respetar la voluntad de su causante, expresada en el testamento, y a renunciar a cualquier acción judicial que pudiera derivarse de esa voluntad y de cualquier diferencia que pudiera existir entre ellos derivada de la sucesión de la señora Fabiola Botero. Es decir ratificaron expresamente el contenido de la memoria testamentaria, con efectos retroactivos hasta la celebración de dicho acto (ex tunc) y se*

comprometieron a no iniciar ninguna acción judicial, que es lo que constituye, como ya indicara, la ratificación o saneamiento de cualquier vicio que pudiera tener el testamento, según lo expuesto, y que se convierte en un error puramente jurídico del Tribunal».

Sostiene que se aplicó indebidamente el artículo 2477 del C.C., por cuanto el contrato de transacción *«fue celebrado entre las partes antes de haberse declarado judicialmente la nulidad absoluta del testamento otorgado por la señora Fabiola Botero de Gaviria», y «de esa manera le negó el Tribunal eficacia jurídica a la transacción, que como se recuerda, es manifestación libre y soberana y ejecución del principio de la autonomía de la voluntad privada, por el cual el legislador permite que los particulares, sin vulnerar normas de orden público, lleven a cabo un acto jurídico mediante el cual, conforme lo indica el artículo 2469 del Código Civil, “terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual», con efectos de cosa juzgada, según lo previsto en el artículo 2483, pero puede impetrarse su resolución o nulidad «por las causales previstas en los artículos 2476 a 2482, pero también por las causales generales de nulidad de los negocios jurídicos consagradas por los artículos 1740 a 1756 y por supuesto demandarse la resolución de conformidad con el art. 1546 ejusdem, por tratarse de un contrato bilateral» y, como quiera que, de acuerdo con lo indicado por esta Corporación, la norma no distingue entre la transacción que surge antes del proceso y aquella que se da estando este en curso, pues esa no es distinción que toque con su naturaleza y núcleo esencial «es ostensible, entonces, que el Tribunal le negó indebidamente eficacia jurídica a la transacción que obra en el expediente, por lo que es refulgente el error jurídico enrostrado».*

Reitera que el Tribunal *«cometió yerro jurídico, recta vía, al*

desconocer que la nulidad absoluta es saneable cuando no proviene de objeto y causa ilícita, saneamiento que tuvo ocurrencia por voluntad de las partes en este caso, mediante el contrato de transacción que el Tribunal aprehendió solo que no extrajo las conclusiones jurídicas que eran las pertinentes. De esa manera se equivocó el Tribunal en la interpretación de las normas jurídicas que eran las llamadas a gobernar este asunto... Si las partes de este contrato transigieron sus diferencias en torno a la distribución de los bienes de la causante señora Fabiola Botero de Gaviria, y dispusieron de sus derechos herenciales como a bien tuvieron, el Tribunal no podía desconocer esa voluntad, y al obrar como lo hizo incurrió en los yerros jurídicos puesto de presente».

Con los errores «*puramente jurídicos*» puestos de presente el Juzgador violó las normas sustanciales antes referidas, transgresión que compendia así:

a). Artículos 1008,.1009, 1010, 1011, 1012, 1037, 1055, 1059, 1064, 1067, 1068 numeral 15 del Código Civil; 1070, 1072, 1073, 1075 del Código Civil, «*por cuanto se puede suceder a una persona a título universal en todos sus bienes y derechos y la sucesión de una persona puede ser testada o intestada, por lo que respecto de la primera, el testamento es el acto de una sola persona, de tal manera que busca la ley que el testamento esté rodeado de formalidades, pero siempre bajo el entendido de los asignatarios a título universal o herederos respeten la última voluntad del causante, normas que fueron desconocidas por el Tribunal al haber declarado nulo el testamento de la señora Fabiola Botero de Medina (sic) contenido en la escritura pública número 562 del 5 de mayo de 2006 de la Notaría 1ª del Círculo de Manizales, pues los herederos de la causante conformados por los denominados Grupo Gaviria Botero y Gaviria Gutiérrez, habían convalidado y respetado las asignaciones hechas en el testamento, antes de que fuera declarado nulo, por lo que sanearon cualquier vicio o formalidad de que hubiera adolecido el acto testamentario mencionado*».

b). En relación con los anteriores, los artículos 1068 núm. 15, 1740, 1741, artículo 2° de la ley 50 de 1936 (que subrogó el art. 1742 del Código Civil), 1746, 1752, 1753, 1754, del Código Civil; artículo 11 de la ley 95 de 1890, *«por cuanto el Tribunal desconoció que en este caso, de haber existido la falta de la formalidad de la presencia de testigos hábiles, en el otorgamiento del testamento, esta era una nulidad saneable, y así se hizo al haber los herederos de la señora Fabiola Botero de Gaviria ratificado y aceptado las asignaciones hechas por la causante en vida, renunciando además a cualquier acción que se pudiera derivar de la distribución de los bienes hecha por la causante mencionada»*.

c). En relación con los anteriores, los artículos 2469, 2477, 2479, 2483, 2485 del Código Civil, *«por cuanto le restó indebidamente el Tribunal efectos jurídicos al contrato de transacción contenido en la escritura pública 3821 del 20 de agosto de 2009 de la Notaría 29 del circulo notarial de Bogotá, celebrado antes de la declaración judicial de nulidad absoluta del testamento, mediante el cual los herederos de la señora Fabiola Botero de Gaviria, conformados por los denominados Grupo Gaviria Botero y Gaviria Gutiérrez, en ejercicio del postulado de la autonomía de la voluntad privada, ratificaron expresamente la última voluntad de la causante, saneando así cualquier vicio de que hubiera podido adolecer el testamento otorgado por la señora Botero de Gaviria, renunciando además a cualquier acción judicial en relación con la distribución de los bienes sucesorales y disponiendo de sus derechos como a bien lo quisieron hacer libre y voluntariamente»*.

d). En relación con los anteriores, artículos 1374, 1375, 1382, 1394, 1395, 1400, 1401, 1405, del Código Civil, *«por cuanto le negó el Tribunal indebidamente efectos jurídicos al trabajo de partición y adjudicación de los bienes de la señora Fabiola Botero de Gaviria, en un todo de acuerdo no solo con la voluntad de la testadora,*

sino además como a bien lo quisieron hacer como titulares indiscutidos de derechos herenciales, que los facultaba para hacer y disponer libremente de sus bienes».

IV. CONSIDERACIONES

Del resumen de los cargos queda claro, que la reclamación planteada por el casacionista no refuta y, por tanto acepta la existencia en el acto de otorgamiento del testamento de la señora Fabiola Botero de Gaviria contenido en la escritura pública número 562 de 5 de mayo de 2006 de la Notaría Primera de Manizales, de dos (2) testigos instrumentales con parentesco de consanguinidad, entre sí, hecho que genera la inhabilidad, de acuerdo con el artículo 1068 numeral 15 del Código Civil, originando la nulidad absoluta de aquella memoria testamentaria.

El reproche se plantea entonces frente al tribunal por haber declarado aquella nulidad cuando, en su sentir, pese a ser ésta absoluta, quedó saneada, al no recaer sobre objeto y causa ilícitos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1742 del estatuto en cita con la modificación que hiciera el artículo 2° de la ley 50 de 1936, pues los herederos, en ejercicio de la autonomía de la voluntad así lo hicieron, al convalidarla antes de la declaración judicial de que fue objeto, a través de la celebración entre todos de un contrato de transacción, contenido en la escritura pública número 3821 de 20 de agosto de 2009 de la Notaría 29 de Bogotá, que considera la acusación no fue apreciado adecuadamente por el juzgador, generándose una aplicación indebida del artículo 2477 Ídem;

autonomía que igualmente predica desconocida frente al trabajo de partición y adjudicación de los bienes relictos de la mencionada causante, vertidos en las escrituras números 790 y 10000 de 4 de febrero y 27 de diciembre de 2010, ambas de la Notaria Segunda de Manizales, puesto que las partes podían disponer libremente sobre la distribución y repartición de sus bienes.

A. NULIDAD DEL TESTAMENTO, SANEAMIENTO Y RATIFICACIÓN

1.- Por sabido se tiene que los individuos como titulares de derechos, en línea de principio, están habilitados para disponer de estos de manera libre y voluntaria, sin perjuicio de algunas restricciones legales que pueden existir, ora por causa de la relación legal que se tengan con los bienes, como el caso del derecho del usufructuario, cuando no está autorizado por el constituyente, o por sus propias condiciones personales, tal el evento de las donaciones entre vivos, que no le es permitido a quien no tenga la libre administración de su patrimonio o en el testamento, en cuanto hace a las legítimas.

Esa disposición autónoma del patrimonio la pueden hacer los sujetos para que surta efectos de manera inmediata, esto es, en vida, mediante la ejecución de cualquier acto o negocio jurídico susceptible de transferir el dominio, incluso podrán acudir al procedimiento de la partición en vida que como novedad legislativa consagra el art. 487 del C.G.P.; o bien para que se materialice después

de su fallecimiento, como una manifestación inequívoca de su última voluntad, que quedará recogida en una memoria testamentaria, para lo cual devendrá imperativo el acatamiento cabal de determinadas formalidades que garanticen su inmutabilidad, por quienes bien por la ley o por su propia iniciativa estén llamados a recoger aquel patrimonio.

Como se advierte, esa transmisión los bienes *mortis causa* puede quedar sujeta de manera exclusiva a los lineamientos que demarca el legislador, bajo las denominadas reglas de la sucesión intestada, o bien a las precisas determinaciones del causante, bajo el rótulo de la sucesión testada o, incluso, recoger de una u otra modalidad (art. 1009 C.C.), siendo necesario en los últimos eventos el oportuno otorgamiento de la memoria testamentaria, también llamado, simplemente, testamento.

2.- Esta forma de tradición que realiza 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 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, sin menoscabo de las previsiones a que hace alusión el artículo 1057 del C.C.; (v.) es instrumento de disposición de bienes, toda vez que mediante éste, regularmente, el testador define cómo deberá distribuirse su patrimonio entre las personas que por vocación legal o por su designación estén llamados a recogerlo.

3.- 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 de 20 de may. de 1997, exp. 4856).

Exigencias que, si bien han merecido algún relajamiento en su manejo por parte de la jurisprudencia, no pueden ser en modo alguno 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:

"...en materia de nulidades, y especialmente en las referentes a los testamentos, el criterio debe ser siempre restricto

y jamás de ampliación, por lo grave que es dejar, sin fundamentos muy sólidos y sin razones muy evidentes, ineficaz e inoperante la última voluntad del testador". (G.J. t. LIV bis, pág. 157; LXXXIV, pág. 366 y CXIII, pág. 108).

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

Atendiendo esa naturaleza unilateral del acto testamentario, que está llamado a tener efecto después de la muerte, para que pueda cumplir dicho 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*», advirtiéndose de esta forma la ineludible consecuencia que apareja la desatención de las formalidades esenciales que la ley impone para materializar sin alteración o deformación el inequívoco querer del testador.

Y en este asunto, no hay resquicio de duda, como se indicó en la sentencia del tribunal, que ante el parentesco existente entre las testigos instrumentales que participaron en la memoria otorgada por la señora Fabiola Botero de Gaviria se incurrió en el vicio de nulidad.

4.- El cuestionamiento que surge entonces, es si resulta posible que un testamento afectado de nulidad absoluta sea susceptible de saneamiento por ratificación, como lo sostiene la censura, tomando en consideración que la naturaleza unilateral y revocable que tiene esa manifestación de voluntad, origina que su otorgante pueda modificarla o invalidarla en cualquier momento.

Respecto de ese carácter revocable esta Corte ha dicho, *[C]omo el testamento es declaración de última voluntad, sin que tengan valor las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras, él es esencialmente revocable; el legislador quiere que los bienes de una persona difunta tengan el destino post mortem que su dueño les haya señalado, considerando como voluntad la última que él haya expresado legalmente. Un testamento válidamente otorgado puede ser revocado expresa o tácitamente por otro posterior, en parte o en su totalidad. (CSJ SC de 20 de nov. de 1980), lo que tiene su razón de ser en el hecho de que dicha manifestación «debe compaginar con la verdadera última voluntad de su otorgante quien ha de expresarla en forma personalísima y con total autonomía, gozando de la facultad de actualizarla mientras viva, bien para eliminar los efectos de una memoria anterior o bien para modificarlos, incluso para dejar que la distribución legal de los bienes relictos se someta a las reglas de la sucesión intestada». (CSJ SC de 13 de jul. de 2005. Exp. 00126).*

A partir de lo anterior, huelga inferir que al testamento le resultan ajenos los conceptos de saneamiento o ratificación propios de los negocios jurídicos, en razón a que, en principio, *«por incompatibilidad jurídica esencial, el testamento no puede participar en forma alguna de la naturaleza contractual»* (CSJ SC – 028 de 1949), y se dice en principio, porque en lo referido a aquellos aspectos, que no repulsen con su esencia es admisible que ese acto se pueda nutrir de la normativa que regula aquellos, como entre otros, verbigracia en lo referente a los requisitos generales para la validez, esto es, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos (artículo 1502 del C.C.), o del régimen de obligaciones condicionales, como expresamente remite el artículo 1128 ídem.

Obsérvese que, por regla general, en materia negocial se requiere, para generar los efectos que de ellos se espera, el cumplimiento de los presupuestos generales de existencia y validez, junto con los particulares del contrato de que se trate, cuya omisión puede producir, según la naturaleza del vicio, su inexistencia¹ y la nulidad absoluta o relativa del mismo; cuestiones estas que por disposición del propio legislador pueden sanearse en virtud del transcurso del tiempo o ratificarse por las mismas partes que lo celebraron, de manera expresa o tácita, a voces del artículo 1752 del Código Civil.

La ratificación es la manifestación de voluntad por la

¹ Esta particular ineficacia en materia civil la Corte la ha equiparado a la nulidad, ver por ejemplo la sentencia SC de 31 de julio de 2015, exp. 2009-00241.

cual una persona presta su consentimiento para que los efectos de un acto jurídico que, en su origen, no tiene poder jurídico suficiente para vincularle, lo aten; es la “*confirmación o aprobación de lo que hemos hecho por nosotros mismos o de lo que otro ha hecho en nuestro nombre*”², que de suyo lleva implícito en la persona que podía invocar la anulabilidad, la renuncia a esta, haciendo desaparecer los vicios y defectos de ese acto, validándolo, ya en forma expresa o de manera tácita (art. 1752 C.C.).

Es expresa cuando se realiza un nuevo acto jurídico por las mismas partes del negocio inicial quienes manifiestan o reiteran su voluntad de otorgarle la eficacia que habría logrado de no haber estado viciado; siendo necesario para ello que la misma se haga con las solemnidades legales a que por ley esté sujeto el acto o contrato que se ratifica.

Por contraposición en la tácita, prevista en el artículo 1754 del Código Civil, referida a «*la ejecución voluntaria de la obligación contratada*» se hace necesario que ese cumplimiento voluntario se realice válida y totalmente por quien esté legitimado para alegar la nulidad, y evidencie, inequívocamente, que fue determinado por la intención de confirmar el acto nulo.

5.- Es pertinente señalar, que si el vicio invalidante surge por el incumplimiento de una formalidad, para abrir paso a la ratificación se exige, precisamente, el cumplimiento

² *Diccionario de derecho usual* Guillermo Cabanellas Buenos Aires Argentina 1946.

de tal formalidad por las mismas personas que participaron en el primigenio, no siendo suficiente la declaración escueta de la voluntad de sanear; ella no suple la ausencia de los requisitos formales que expresamente determina el legislador para la validez del acto (art. 1753 Código Civil), porque lo requerido es el acatamiento del vicio faltante, a través del nuevo acto validante.

De acuerdo con tales presupuestos, esa posibilidad de saneamiento, no puede aplicarse al testamento por su especialísima naturaleza, si en cuenta se tiene que para ese propósito resulta imperativo que esa confirmación, convalidación o ratificación provenga del testador, quien hizo en vida la disposición de su patrimonio con efectos *post mortem*, y no podría, por lógica, realizarlo luego de fallecido; no puede olvidarse el carácter unilateral, personalísimo e indelegable del testamento, por lo que muerto el causante es imposible que se satisfagan los requerimientos exigidos como *ad substantiam actus*.

En consecuencia, si bien el artículo 1742 del Código Civil, con la reforma que introdujo el artículo 2° de la ley 50 de 1936, prevé que la nulidad absoluta «[C]uando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes» o de sus causahabientes, el artículo 1756 del mismo estatuto señala que «no vale la ratificación expresa o tácita del que no es capaz de contratar», entendida esta capacidad como el poder de disposición del derecho, del cual carecerían los herederos respecto de los que le son inherentes, exclusivos y personalísimos del testador.

6.- Teniendo presente tales postulados, surge incontestable que al ser el acto testamentario unipersonal, personalísimo e indelegable, en donde ninguna persona puede hacer suya la voluntad del otorgante, la invalidez que se genera con ocasión de la omisión de los requisitos formales esenciales previstos para su otorgamiento, hace que no sea susceptible del saneamiento, la convalidación o de la ratificación propia de los contratos.

No se discute que, tras el fallecimiento, cualquiera que ostente un interés legítimo (heredero constituido en testamento anterior o abintestato), está autorizado para demandar la nulidad de un testamento; pero, ninguno de dichos interesados tienen la facultad de confirmarlo, convalidarlo o ratificarlo, si el mismo adolece de nulidad por el incumplimiento de esa formalidad *ad solemnitatem*, ante la imposibilidad jurídica y material de sustituir la única voluntad que es admitida para su existencia, cual es la del testador, al tocar esto con su propia esencia, habida cuenta que, por el carácter revocable del mismo, en cualquier tiempo puede quedar desprovisto de toda eficacia, mediante el solo querer de éste -abstracción de ciertas excepciones, como el caso de reconocimiento de hijo natural, el cual no puede anularse a pesar de la revocatoria realizada-.

Aún más, no puede olvidarse que una vez ocurrida la delación de la herencia los causahabientes adquieren su posesión efectiva (art. 783 C.C.) y, en ese orden, todo acto de disposición que pudieran realizar respecto del patrimonio

relicto constituye, en estricto, un negocio jurídico de disposición propio de sus derechos herenciales, autónomo, e independiente de aquella memoria testamentaria, que podrá sujetarse o no a lo contenido en ella, u optar por impugnarla judicialmente para impedir que la misma se haga efectiva, puesto que de resultar inválido ninguno podría reclamar el cumplimiento de las estipulaciones de contenido patrimonial que en él se hubieran plasmado.

7.- Lo dicho permite afirmar por esa misma senda, que al no atenderse las exigencias que inciden en la existencia y validez del testamento, por las especiales características del mismo, no resultan habilitados los herederos o causahabientes testamentarios o ab intestato para concurrir a convalidarlo, o ratificarlo, al carecer de capacidad para actuar en nombre o representación del testador, ante la expresa prohibición legal, lo que generaría que las actuaciones celebradas con esa finalidad resultarían carentes de eficacia y viciadas de nulidad.

Y no se diga que conclusión contraria se evidencia del contenido del artículo 1742, al habilitar éste en los eventos en que la nulidad absoluta no es por objeto o causa ilícita el saneamiento «*en todo caso por prescripción extraordinaria*», puesto que tal postulado, no es más que la previsión del legislador para brindar seguridad jurídica respecto de los actos de disposición que con ocasión a aquél se realicen, impidiendo así que transcurrido el término de ley para que se configure dicho fenómeno extintivo se pueda formular la acción judicial de nulidad que se reconoce a favor de los

interesados.

Apoya lo expuesto, el hecho de que mientras el testador esté con vida, ante la eventual nulidad absoluta que pudiera afectar un testamento, aun cuando manifieste con posterioridad que ratifica aquella memoria, lo que realmente hace es otorgar otro, que podrá ser de igual o distinto contenido, y de ajustarse a derecho, en lo que respecta a las formalidades que le son inherentes, surtirá plenos efectos jurídicos, dejando en el vacío el anterior. Después de fallecido, la ratificación, por obvias razones, se vuelve imposible, al requerirse en ésta el acatamiento irrestricto de las solemnidades previstas para su validez, entre las cuales, se itera, está la manifestación unipersonal de la voluntad del testador, la que siendo indelegable no la pueden suplir los herederos, puesto que no podría válidamente un tercero ratificar un acto que, por expresa disposición legal, es personalísimo e indelegable; como ha dicho esta Corte:

*«Tratase, en síntesis, de un negocio jurídico univoluntario, enderezado a la reglamentación de los intereses de quien lo otorga, para después de fallecido, mediante un acto esencialmente revocable y de tal modo solemne, que su caracterización se impone bajo la forma prevenida por la ley, la cual, como ya se advirtiera, a la par que, en mayor o menor grado, estimula la recapacitación **del testador sobre los designios de su voluntad, garantiza su total independencia y espontaneidad, amén que hace constar la autenticidad de la declaración, proveyendo a conservar la íntegra y genuina, para su oportuna ejecución**».* (CSJ SC 22 de abr. De 2002. Exp. 6077). (Resalta la Sala).

A modo de conclusión se expresa, que ante la naturaleza de acto jurídico unilateral personalísimo que tiene

el testamento, que si bien es capaz de crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos respecto de terceros, que pueden estar determinados o indeterminados por la ley, no cabe duda que es formalidad esencial del mismo esa manifestación inequívoca de voluntad de una sola parte –*el testador*– que no puede ser suplida válidamente por sus herederos y, en ese orden, no es permitido a éstos realizar con posterioridad a su muerte la ratificación de aquella voluntad.

Tampoco es predicable la existencia de una obligación derivada del testamento inválido, que por el cumplimiento voluntario de los herederos configure el supuesto de la ratificación tácita, previsto en el art. 1754 del Código Civil, haciendo así improcedente la eventual ratificación de que trata el artículo 1742.

Improcedencia que surge, no sólo por la imposibilidad de suplir esa voluntad dispositiva del testador sobre su patrimonio, sino también por la discrecionalidad que el legislador confiere a los herederos de aceptar la herencia, plenamente, con beneficio de inventario o, incluso, repudiarla; procederes que constituyen, como se dijo, un acto jurídico unilateral autónomo del heredero o legatario beneficiado y no el cumplimiento de una obligación surgida de aquel acto viciado.

2. Sin embargo, lo anterior no obsta para que los mentados herederos, por su voluntario querer, más allá de la validez o no de la memoria testamentaria, decidan como

titulares de los derechos herenciales, acogerse a lo estipulado en ella o celebrar acuerdos que mermen o mejoren aquellos, sin que en todo caso pueda asimilarse el negocio sobre hijuelas con la eventual transacción sobre la validez del testamento.

Sobre esa posibilidad de saneamiento por ratificación del testamento nulo, esta Corte en pretérita oportunidad sostuvo:

(...) al prescribir el artículo 11 de la ley 95 de 1890 que el testamento solemne, abierto o cerrado, en que se omitiere cualquiera de las formalidades a que cada uno de ellos debe sujetarse “no tendrá valor alguno” forzosamente se impone armonizarlo con el artículo 1741 del C.C., según el cual, “es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes”, observa seguidamente la Sala que como los requisitos exigidos en las calidades de los testigos del testamento cerrado se refieren a la naturaleza del acto, en forma tal que la omisión de no llenar esos requisitos produce la nulidad absoluta del acto, no resulta, por lo tanto, posible su ratificación o saneamiento, máxime cuando habría en este asunto una verdadera imposibilidad física, puesto que la ratificación tendría que provenir de la misma parte, en este caso del causante.

Entonces si bien es cierto que de acuerdo con el artículo 2° de la ley citada no proviniendo la nulidad de objeto o causa ilícitos es saneable por ratificación de las partes, tratándose del testamento, como se dijo, esta ratificación es imposible (CSJ SC de 18 de sept. de 1989).

B. DEL NEGOCIO DE TRANSACCIÓN

1.- De otro lado, la transacción como tal es un mecanismo auto compositivo de conflictos, en virtud del cual «las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven

un litigio eventual», que por su carácter contractual está sometido a las reglas de eficacia y validez de los negocios jurídicos, siendo de su esencia: i.) el acuerdo de voluntades de dos o más personas; ii.) la existencia de una relación controvertida, dudosa o incierta; iii.) el querer de las partes de solucionar el conflicto en forma extrajudicial y; iv.) las recíprocas concesiones entre los intervinientes, de carácter consensual.

Por el carácter dispositivo de derechos que tiene la transacción el legislador le ha reconocido el efecto de hacer tránsito a cosa juzgada en última instancia (art. 2483 C.C.), sin perjuicio de que pueda pedirse su nulidad y rescisión por las causales generales de los contratos o las precisas dispuestas en los artículos 2476 y siguientes del ordenamiento civil, incluso, resolverse en los términos que autoriza el artículo 1546 ídem para los contratos bilaterales.

En relación con la nulidad, a este tipo contractual le son aplicables las causales generales de invalidez de todo negocio jurídico, así como las especiales que contempla el título XXXIX del Código Civil, particularmente, en lo que interesa a este caso, la prevista en el artículo 2477 íbidem, según el cual *«es nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título»*.

En este aparte es necesario memorar que, el título ha sido concebido como la realización de una de las fuentes de las obligaciones, que faculta a los individuos para la

adquisición de derechos reales, que puede provenir de la voluntad de los sujetos o de la ley; según ha dicho esta Corporación «*en el derecho Civil se distinguen claramente las nociones de Título y Modo. Así, el primero es el hecho del hombre o la sola ley que establece obligaciones o lo faculta para la adquisición de los derechos reales, conforme lo ha establecido desde antiguo la doctrina universal, al paso que el segundo es la manera como se ejecuta o realiza el título. Y en virtud de estos dos fenómenos los particulares pueden adquirir el derecho de dominio sobre las cosas*» (CSJ SC de 9 de jun. de 1999, Rad. 5265), esto es, que por título se debe entender todo acto o hecho del cual se deriva un derecho u obligación.

Deviene de lo indicado que cuando el contrato de transacción se celebra en consideración a un título nulo el mencionado acuerdo resultará igualmente inválido, a menos que expresamente las partes hayan tratado sobre esa nulidad, puesto que ante el silencio al respecto, cualquiera de los interesados podrá alegar la invalidez del título, lo que traería aparejado que las cosas vuelvan al estado «*en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*», como manifestación inequívoca de los efectos retroactivos que tiene dicha declaración, en los términos que prevé el art. 1741 del Código Civil, en razón a que con la sentencia judicial que declara la misma se eliminan por completo todo efecto derivado de dicho acto, como si jamás hubiera existido, dando derecho a las partes a ser restituidas al estado en que se hallaban antes de éste.

En materia sucesoral, de acuerdo con lo indicado en el artículo 872 del C.C., la sucesión *mortis causa* constituye el

modo de adquirir el patrimonio de un causante, a título universal o singular (art. 1008 C.C.), ora por disposición legal, en la llamada sucesión intestada o por virtud de un testamento, en la denominada sucesión testamentaria, en donde serán estos últimos los títulos que le sirvan de soporte y que permitirán a los beneficiados hacer efectivos los derechos a ellos reconocidos, respecto de los cuales podrán libremente, en ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad privada, realizar cualquier negocio de disposición que a bien tengan, con las limitaciones que la misma ley prevé.

C. DEL CASO CONCRETO - LOS CARGOS

1.- En el caso que convoca la atención de la Sala se tiene, que en el primer cargo que se formula se alega violación indirecta de las normas sustanciales ya referidas, a consecuencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas, por haberse declarado la nulidad del testamento de la señora Fabiola Botero de Gaviria, contenido en la escritura pública número 562 del 5 de mayo de 2006 de la Notaría Primera de Manizales, desconociendo la transacción que consta en la escritura pública 3821 del 20 de agosto de 2009, celebrada antes de la declaración judicial de nulidad absoluta por todos los interesados en la sucesión de aquella, quienes, según el censor, así sanearon cualquier vicio que podría afectar aquel testamento, decidiendo libre y espontáneamente resolver las diferencias que pudieran tener sobre la distribución de los bienes y asignaciones como herederos forzosos de la causante Botero de Gaviria, renunciando, además con ello, a la proposición de acciones

judiciales por causa de aquella sucesión, y por esa vía se acusa al Tribunal de haberle restado indebidamente eficacia jurídica al acuerdo de transacción y cesión de derechos, así como al trabajo de partición y adjudicación finalmente realizado en la escritura pública 790 del 4 de febrero de 2010, aclarada en escritura 10000 del 27 de diciembre del mismo año.

2.- Escrutado el contenido del fallo atacado aparece diáfano que el Tribunal soportó su decisión en tres bastiones medulares; el primero, referente a la inhabilidad que tenían las señoras Doralba y María Melva Ospina Toro, para ser testigos instrumentales en el otorgamiento del testamento de la señora Fabiola Botero de Gaviria, en razón al parentesco que entre éstas existía *-hermanas-* incurriendo así en la prohibición contenida en el art. 1068 numeral 15, situación que consideró se enmarcaba en el supuesto previsto en el art. 11 de la ley 95 de 1890, por lo que el acto testamentario contenido en la escritura pública 562 de 5 de mayo de 2006 de la Notaría Primera de Manizales, era absolutamente nulo; el segundo, en que el acuerdo transaccional celebrado por todos los herederos de la causante, contenido en la escritura 3821 de 20 de agosto de 2009 de la Notaría 29 de Bogotá, en modo alguno puede suplir la formalidad legal relacionada con la habilidad de los testigos, con fuerza suficiente para sanear aquella nulidad, máxime que ésta no fue objeto expreso de transacción; y el tercero, en que la mencionada transacción al estar soportada en un título nulo, deviene también afectada de invalidez y en ese orden también se contaminó con el vicio todo lo que de él depende, como fue la partición

y adjudicación de bienes de la mortuoria de la señora Botero de Gaviria.

Tales conclusiones las extrajo de las pruebas arrojadas al juicio, particularmente la escritura pública 562 del 5 de mayo de 2006 de la Notaría Primera de Manizales, contentiva del testamento otorgado por la señora Fabiola Botero de Gaviria y los registros civiles de las testigos Doralba y María Melva Ospina Toro, que dan cuenta del parentesco de consanguinidad existente entre ellas, lo que contraviene una exigencia legal que afecta la validez de la memoria testamentaria.

Adicionalmente, tomó en consideración los interrogatorios de parte recepcionados en el trámite y el contrato de transacción celebrado entre los herederos de la causante, señores Pamela Gaviria Gutiérrez, Milton Mateo Gaviria Gutiérrez y Camilo Gaviria Gutiérrez de un lado y, por el otro, María del Pilar Gaviria Botero, Beatriz Gaviria Botero y Adriana Sofía Gaviria Botero, que quedó vertido en la escritura pública 3821 del 20 de agosto de 2009 de la Notaría 29 de Bogotá, de la cual, luego de escrutar su contenido, determinó que no era idóneo para tener por saneada la nulidad del testamento.

A partir de dichos elementos demostrativos concluyó, que ante la omisión de las formalidades legales que se exigen para el testamento quedó afectada su validez, sin que sirviera la transacción como medio idóneo para sanear aquel vicio, puesto que ni siquiera en la misma se hizo alusión alguna al

respecto, lo que hacía forzosa la declaración de nulidad de aquella memoria testamentaria y al ser el testamento el título que le sirvió de causa a aquel convenio, habida cuenta que fue el motivo que impulsó a los causahabientes de la señora Botero de Gaviria a transigir sus diferencias sobre la forma en que se debería distribuir el patrimonio relicto, esta última también devenía nula.

Lo propio ocurrió con el trabajo de partición y adjudicación contenido en la escritura pública 790 del 4 de febrero de 2010 de la Notaría Segunda de Manizales, aclarada mediante escritura 10000 del 27 de diciembre del mismo año y de la misma Notaria, respecto de la cual infirió que ante las nulidades de los actos precedentes que le sirvieron de base para efectuar las adjudicaciones de los bienes relictos de la causante, de manera consecencial se imponía *“dejar sin efecto y disponer la nulidad tanto del trabajo de partición y adjudicación de los bienes practicado en dicho juicio”*, y por ello decretó la nulidad de las mencionadas escrituras públicas.

3.- Mirada bien las cosas, como se apuntó líneas atrás, en el sub judice el extremo recurrente no cuestiona que se hubiere dado por demostrada la existencia de la nulidad reclamada frente al testamento otorgado por la señora Fabiola Botero de Gaviria, puesto que centra su inconformidad, específicamente, en la interpretación y alcance que le diera el juzgador de segundo grado al contrato de transacción celebrado por los causahabientes, antes de la declaración de nulidad de la memoria testamentaria, al

restarle indebidamente, según su criterio, idoneidad a ese acuerdo como modo de sanear el vicio invalidante que afectaba dicho testamento.

Como el cargo cuestiona aspectos relacionados con la interpretación contractual, es preciso recordar que esta Corte, en punto a ese tema, ha sostenido que:

si el examen dentro del recurso contempla nada más que cosas de hecho, el fallo del sentenciador se hace invulnerable en casación, salvo que adolezca de los dichos errores de hecho o de derecho. Pero si no se ataca o controvierte la cuestión de hecho, sino el calificativo que en el plano jurídico le corresponda, el cargo no toca siquiera el ámbito probatorio, puesto que versa ya nada más que sobre temas atinentes a las normas que regulan los hechos, y queda así comprendido dentro del concepto lato de violación directa de la ley sustantiva (CSJ SC 12 nov. 1954).

También ha dicho esta Corporación:

Adviértase, según de antiguo postula la Sala, la “*discreta autonomía*” (CXLVII, 52), de los jueces para interpretar el negocio jurídico, labor confiada a su “*...cordura, perspicacia y pericia*” (CVIII, 289), su prudente, razonado y fundado juicio, dotado de la presunción de acierto y susceptible de infirmar sólo cuando haya incurrido en un yerro fáctico “*tan claro a la luz de las reglas legales y de los datos del expediente que no deje lugar a duda alguna*” (XX, 295), evidente, incidente en la decisión, invocado y demostrado por el censor (CXLII, 218; CCXL, 491, CCXV, 567), “*que ponga de manifiesto, palmaria u ostensiblemente, que ella es de tal alcance que contradice la evidencia*”, como cuando “*supone estipulaciones que no contiene, ora porque ignore las que ciertamente expresa, o ya porque sacrifique el verdadero sentido de sus cláusulas con deducciones que contradicen la evidencia que ellas demuestran*” (cas. junio 15/1972, CXLII, 218 y 219), “*...desnaturaliza abiertamente las convenciones de las partes contratantes, o pretermite al aplicar el contrato alguna estipulación terminante o la sustituye por otra de su invención*” (XXV, 429), en forma que “*la exégesis de la cláusula contractual propuesta por el*

casacionista sea la única admisible a la luz de las circunstancias particulares, y se muestre, consecuentemente, como un planteamiento tan sólido y persuasivo que, por su propio peso, sea capaz de revelar la contraevidencia en la comprensión del Tribunal” (S-226-2004 [7356], 13 de diciembre de 2004), “de modo que mientras la adoptada por el Tribunal no desnaturalice los términos claros y no ambiguos de la convención rompiendo su armonía, desconociendo sus fines o la naturaleza específica del contrato, debe ser respetada por la Corte” (LV, 298), pues las interpretaciones “conformes al haz probatorio y que no sean absurdas o carentes de sindéresis y lógica, impiden la constitución de un error de hecho evidente, alegable en casación, por lo que dicha interpretación, en esas condiciones, queda cerrada en las instancias y resulta inimpugnabile mediante el recurso extraordinario de casación, así la hermenéutica que efectuó el censor devenga respetable y, por ende, luzca coherente, lo cual no es suficiente para quebrar un fallo judicial, por lo demás cobijado por una presunción de acierto que es menester derruir” (Sentencia de la Sala Civil, Exp.7560)... (CSJ.CS de 7 de feb. de 2008, Rad. 2001-06915-01)

4.- Ello es lo que acaece en el presente asunto, habida consideración que, como se dijo, no hay disconformidad alguna con la existencia del vicio invalidante que el tribunal halló demostrado, pues la censura gira en relación con la interpretación que éste hiciera del contenido del acuerdo de transacción celebrado por las partes antes de la declaración judicial de nulidad absoluta del testamento, que se dice desacertada, puesto que del mismo se extrae, a juicio del censor, un acto de saneamiento de aquella nulidad, sin lograr poner de relieve el desatino que se imputa, con fuerza suficiente para quebrar el fallo.

En efecto, el recurrente ninguna alusión realizó frente a la conclusión que hiciera el Tribunal respecto de la inhabilidad que, en razón del parentesco, tenían las testigos instrumentales, por lo que aceptó que, efectivamente, el vicio

invalidante se presentó al momento del otorgamiento del testamento, sólo que aduce su saneamiento, por causa de la referida transacción, que el juzgador de su parte no estimó idónea para ese propósito.

Por esta razón, el censor enfila el reproche a demostrar que aquel raciocinio era equivocado, por causa del alcance dispositivo de las estipulaciones del mentado acuerdo de voluntades, pretendiendo una ratificación que por la naturaleza del acto no es viable, y olvidando los efectos retroactivos que tiene la declaración de nulidad absoluta, y que aquella nulidad no fue tratada expresamente por los intervinientes en el convenio, que habilitara la aplicación de la regla de excepción contenida en el citado artículo 2477 del Código Civil.

En otras palabras, el censor no cuestionó la existencia de la causa invalidante hallada acreditada por el *ad quem* respecto de la memoria testamentaria de la señora Fabiola Botero de Gaviria, y que se constituyó en punto medular de su decisión, sino que propende por enervarla, alegando la existencia de un saneamiento que aquél desestimó, a partir de la valoración integral del contenido y alcance de las estipulaciones del acuerdo de transacción celebrado por los herederos, en el cual soporta su argumentación, al discurrir el juzgador que un acto de tal naturaleza no tenía la virtualidad de sanear aquella falencia formal omitida, máxime que la misma ni siquiera fue objeto expreso del acuerdo, sin poner en evidencia, como le correspondía, que la conclusión asumida por el juez colegiado fuera

absolutamente equivocada o contraria a la apreciación racional de las pruebas allegadas al juicio, específicamente del mencionado contrato y que, contrario sensu, la propuesta por él sea la única admisible como razonable.

Otro argumento de la decisión fue que la transacción realizada, al tener como causa eficiente aquel acto testamentario, resultaba contaminada del vicio invalidante del mencionado título, afectándola en los términos que pregona el artículo 2477 del C.C.; conclusión que tampoco se desvirtuó por el opugnante, quien más allá de aludir a la naturaleza y alcances de este negocio jurídico como manifestación de la autonomía de la voluntad privada, así como las causas generales y específicas que pueden afectar su validez, no puso en relieve el yerro que se enrostra a la sentencia, de manera puntual, la conclusión de que el testamento fue el título que sirvió de base a la transacción y al devenir nulo corre igual suerte, al encuadrarse el supuesto contenido en el artículo en cita, puesto que ante el silencio de las partes en punto a la nulidad que campeaba sobre el testamento, ni quita ni pone ley que la misma se hubiera celebrado con antelación a aquella declaración de nulidad, dado que la declaración judicial de ésta produce que las cosas vuelvan al estado en que se hallaban como «*si no hubiese existido el acto o contrato*», dejando así en el vacío la transacción celebrada con soporte en aquél.

No resulta más afortunada la situación de la determinación adoptada en relación con el trabajo de partición y adjudicación, contenido en la escritura pública

790 de 2010 y su aclaración que obra en el instrumento público 10000 del mismo año, ambos de la Notaría Segunda de Manizales, si en cuenta se tiene, que el argumento toral de la decisión que respecto de estos se adoptó, fue que por estar afectados de nulidad los dos actos que sirvieron de antecedentes, esto es, la memoria testamentaria contenida en la escritura pública 562 del 5 de mayo de 2006 de la Notaría primera de Manizales y el acuerdo transaccional plasmado en la escritura pública 3821 del 20 de agosto de 2009 de la Notaria 29 de Bogotá, traía aparejado que de manera consecencial éstos igualmente quedaran viciados de nulidad absoluta.

Empero, la impugnación simplemente alude a que lo dispuesto en dicho instrumento es consecuencia del acuerdo de transacción, como una manifestación libre y voluntaria de los herederos respecto de sus derechos herenciales en la forma que mejor estimaron, que no podía ser desconocida por el Tribunal con transgresión del postulado de la autonomía de la voluntad privada, *“entrometiéndose arbitrariamente en el querer de los contratantes, engolosinado como estaba en defender a rajatabla unas formalidades que echó de menos y que habían sido saneadas”*, sin derruir válidamente aquel argumento.

Y es que el recurrente centra su disconformidad en ese acto de disposición de derechos que hicieron los herederos Gaviria y, en ese orden, blindado de reclamaciones posteriores, abandonando rebatir que ciertamente los referidos actos jurídicos fueron los que sirvieron de antecedentes para la realización del mentado trabajo y que

al ser nulos el mismo estaba llamado a tener igual suerte, amen que no es lo mismo negociar sobre el contenido de las hijuelas que corresponden a los herederos que transar sobre la nulidad del testamento.

Fuerza concluir entonces, que siendo como es inviable el saneamiento de la nulidad absoluta por falta de formalidades de un testamento, estuvo acertada la decisión impugnada, quedando el reproche planteado como una mera disparidad de criterios, o diverso pero razonable, entendimiento del material demostrativo allegado, que no es supuesto, tergiversado u omitido, sino objetivamente apreciado por el fallador, lo que impide el quiebre de la decisión.

5.- Se reprocha también, con soporte en la causal primera, recta vía, en esencia, que el Tribunal desatendiera que si la causal de nulidad no era por causa u objeto ilícito la misma es saneable, conforme el contenido del artículo 1742 del C.C., subrogado por el artículo 2° de la ley 50 de 1936, y que el contrato de transacción celebrado por los herederos, contenido en la escritura 3821 de 2009 de la Notaria 29 de Bogotá, tuvo ese efecto, como una manifestación de la autonomía de la voluntad privada, y como ésta debe ser declarada, con la transacción sanearon cualquier vicio del que pudiera adolecer el testamento, puesto que ésta se celebró antes de la declaración judicial de nulidad absoluta de aquél, equivocándose así en la interpretación de las normas jurídicas que eran las llamadas a gobernar este asunto *«[S]i las partes de este contrato transigieron*

sus diferencias en torno a la distribución de los bienes de la causante señora Fabiola Botero de Gaviria, el Tribunal no podía desconocer esa voluntad, y al obrar como lo hizo incurrió en los yerros jurídicos puestos de presente».

Igual transgresión se genera respecto del trabajo de partición y adjudicación, por cuanto le negó efectos jurídicos *«en un todo de acuerdo no solo con la voluntad de la testadora, sino además como a bien lo quisieron hacer como titulares indiscutidos de derechos herenciales, que los facultaba para hacer y disponer libremente de esos bienes».*

6.- Del contenido de la censura se advierte que se alega que *«las normas sustanciales indicadas fueron violadas directamente por el Tribunal como consecuencia de errores puramente jurídicos, al omitir aplicar las disposiciones que gobiernan este asunto, y de otra, por aplicar las que no eran pertinentes y por aplicar las pertinentes haciéndolas actuar con eficacia decisoria, pero atribuyéndoles una inteligencia distinta de la que verdaderamente les corresponde»*, aduciendo, en estrictez, que el Tribunal para declarar la nulidad absoluta del testamento de la señora Fabiola Botero de Gaviria, halló acreditada la causal referida en el numeral 15 del artículo 1068 del C.C., que hacía aplicable el artículo 11 de la ley 95 de 1890, desconociendo que esa causal de nulidad absoluta es saneable, de acuerdo con el art. 1742 del C.C. subrogado por el artículo 2° de la ley 50 de 1936 y había sido saneada por los herederos de ésta con el contrato de transacción celebrado por todos los interesados, antes de la declaración de nulidad del testamento.

Por tal razón aduce, que la Corporación censurada no

solo no tuvo en cuenta las normas sustanciales antes mencionadas, en materia de saneamiento de la nulidad absoluta, cuando no proviene de objeto y causa ilícita, sino que le negó efectos jurídicos al contrato de transacción por deducir equivocadamente que estaba sustentado en un contrato nulo, aplicando indebidamente el artículo 2477 del C.C., sin parar mientes que en dicha transacción *«las partes se comprometieron a respetar la voluntad de la causante, expresada en el testamento y a renunciar a cualquier acción judicial que pudiera derivarse de esa voluntad y de cualquier diferencia que pudiera existir entre ellos derivada de la sucesión de la señora Fabiola Botero de Gaviria. Es decir ratificaron expresamente el contenido de la memoria testamentaria con efectos retroactivos hasta la celebración de dicho acto (ex tunc) y se comprometieron a no iniciar ninguna acción judicial, que es lo que constituye, como ya indicara, la ratificación o saneamiento de cualquier vicio que pudiera tener el testamento»*.

7.- Como ha sido ya expuesto, el casacionista no discute que en el otorgamiento del testamento de la señora Fabiola Botero de Gaviria se incurrió en la nulidad absoluta originada en la inhabilidad de quienes fungieron como testigos instrumentales, con lo que acepta que el artículo 1068-15 del C.C. era la norma rectora del caso, la cual fue el bastión medular de la decisión, dejando incólume dicho supuesto, que impediría el quiebre de la decisión, pero alega una presunta indebida aplicación del artículo 2477 del mismo estatuto, al no haber aceptado el Tribunal, como medio idóneo para sanear esa nulidad absoluta el contrato de transacción celebrado antes de la declaración judicial de ésta, por los herederos de la señora Fabiola Botero de Gaviria, quienes *«en ejercicio del postulado de la autonomía de la voluntad*

privada, ratificaron expresamente la última voluntad de la causante, saneando así cualquier vicio de que hubiera podido adolecer el testamento», sin que la Corte advierta el desatino del Tribunal en relación a dicho tópico, puesto que, conforme quedó visto, la nulidad del testamento, pese a no recaer sobre objeto y causa ilícitos, no es susceptible de saneamiento por ratificación de los herederos.

Adicionalmente, es evidente que el reproche ceñido a la falta de aplicación de las normas de saneamiento de nulidades, e indebida aplicación del artículo 2477 del Código Civil, referente a la nulidad de la transacción, básicamente se soporta en la apreciación que hiciera el Tribunal de los alcances y efectos del mentado contrato, celebrado por las partes, en relación con los derechos sucesorales derivados de la mortuoria de la señora Fabiola Botero de Gaviria, documento a partir del cual se considera se verificó el saneamiento de la nulidad absoluta que afectó la memoria testamentaria, siendo indebidamente desconocida por el Tribunal y que motivó la declaración de nulidad absoluta tanto de éste como de los actos que de él se derivaron, como son la transacción en sí misma y el trabajo de partición y adjudicación, esto es, se está soportando el yerro en la valoración objetiva que del acuerdo transaccional hiciera el Tribunal, no en cuanto a su naturaleza, sino en relación con su alcance y causa, alejándose de la vía directa.

8.- Mírese que se censura al Tribunal haber restado eficacia jurídica al contrato de transacción, como mecanismo para sanear la nulidad absoluta que afectaba el testamento

de la causante Fabiola Botero de Gaviria, al considerar que la misma sí era susceptible de saneamiento y ratificación por los herederos, en tanto que aquél apreciando dicho pacto, estimó lo contrario, por cuanto adujo que ésta, en sí misma, se soportó en un título nulo que afectaba su validez, pues más allá que se pudiera aludir que en ella los herederos, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, dispusieron de sus derechos herenciales, fue el testamento opugnado la causa determinante que movió a los convencionistas a su realización, y tampoco se hizo mención expresa de esa intención de saneamiento que impone el artículo 2477 del Código Civil; apreciaciones que conllevaron, igualmente, a la declaración de nulidad del trabajo de partición y adjudicación del patrimonio relicto de la causante Botero de Gaviria, al estar éste fundado en aquellos dos actos jurídicos inválidos.

Esta circunstancia se torna, entonces, en una discrepancia con la estimación que de los hechos hiciera el tribunal, lo que constituye un desvío de la acusación, como quiera que en esas condiciones el desconocimiento de las normas que se dicen transgredidas sería el fruto de una preterición indebida de una situación de hecho, de manera que de haberse presentado el quebranto no sería directo, sino indirecto.

Pero aún si se dejara de lado esa deficiencia técnica, el censor tampoco satisfizo adecuadamente la carga demostrativa que se le imponía de derruir todos los argumentos torales de la decisión, relacionados con la

existencia de nulidad absoluta del testamento otorgado con la intervención de testigos inhábiles, la inviabilidad de saneamiento de la misma por medio de un contrato de transacción celebrado por los herederos, y que ante esto la transacción que se hiciera para acoger la voluntad vertida en aquél, renunciando a cualquier reclamación posterior por diferencias surgidas de la herencia, así como el trabajo de partición, que en cumplimiento a lo dispuesto en el mentado testamento y la pluricitada transacción se realizó, devenían igualmente nulos, circunstancias que dejan en el vacío el embate así planteado.

9.- Consecuente con ello los cargos formulados en la impugnación resultan imprósperos.

V. 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 15 de agosto de 2013, proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, dentro del proceso ordinario de Milton Mateo Gaviria Gutiérrez, Camilo Gaviria Gutiérrez y Pamela Gaviria Gutiérrez contra María del Pilar Gaviria Botero, Beatriz Gaviria Botero y Adriana Sofía Gaviria Botero.

Costas a cargo de la parte recurrente. Conforme lo previene el artículo 365 del Código General del Proceso, atendiendo, además, que la parte actora hizo presencia en

este trámite, dando respuesta al recurso, se fija por concepto de agencias en derecho la suma de \$6.000.000.oo.

Notifíquese y devuélvase

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA