



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**  
**Magistrado Ponente**

**SC3140-2019**

**Radicación n.º 05001-31-10-009-2008-00867-01**

(Aprobado en sesión de veintitrés de enero de dos mil diecinueve)

Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

Decídese el recurso de casación interpuesto por los demandantes frente a la sentencia de 18 de septiembre de 2013, dictada por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario que promovieron José Antonio, Juan Ignacio Zuluaga Toro, Óscar, María Eugenia, Alba Lucía, Juan David y Beatriz Elena Zuluaga Ramírez contra María, María Silvia, Guillermo Zuluaga Toro y María Graciela Zuluaga Zuluaga.

**ANTECEDENTES**

1. Los promotores solicitaron declarar la nulidad del testamento dejado por Rosalba Zuluaga de Zuluaga, contenido en la escritura pública n.º 997 otorgada el 10 de marzo de 2006 en la Notaría 4ª de Medellín; que, en

consecuencia, los convocados devuelvan los bienes adjudicados y dobladas «*las sumas ocultadas*»; así como ordenar rehacer la sucesión de la causante (folios 1 a 5, cuaderno 1).

2. Tales peticiones fueron sustentadas, en resumen, con base en los siguientes hechos:

2.1. Al momento de testar Rosalba Zuluaga de Zuluaga estaba desprovista de ánimo vigilante y presentaba somnolencia, debido al efecto de los medicamentos formulados para tratar el fuerte dolor que le producía la osteoporosis que le fue diagnosticada; igualmente tenía una férula en su brazo derecho, que le impedía suscribir el documento.

2.2. Agregaron que el acto testamentario fue realizado en su residencia, no se leyó en voz alta y se otorgó sin presencia del notario, pero sí con la de un dependiente de este.

2.3. Así mismo, quedó viciado porque la constancia plasmada en la parte final de la escritura pública da cuenta de la utilización de las hojas números 3369170 y 3369171, pero está contenido en las identificadas como 3369190 y 3369171, disparidad que denota «*un cambio en la primera hoja del testamento*»; la numeración de las disposiciones testamentarias omite la cuarta al saltar de la tercera a la quinta, precisamente al inicio de la hoja 3369171, y no presenta salvedad alguna.

2.4. Por último, alegaron los reclamantes que la causante poseía dinero que no ha sido repartido, como tampoco lo fueron acreencias existentes a su favor, por lo cual las convocadas deben rendir cuentas por ser quienes actualmente ostentan esos bienes.

3. Una vez vinculados al litigio todos los enjuiciados se opusieron a las pretensiones; además, María Graciela Zuluaga Zuluaga formuló las defensas de mérito de «*autenticidad y validez del testamento*» y «*no configurar las inconsistencias indicadas en la demanda, causal de nulidad del testamento*»; mientras que Guillermo y María Zuluaga Toro izaron las defensas de «*autenticidad y validez del testamento otorgado por la señora Rosalba Zuluaga de Zuluaga*» e «*inexistencia de la calidad de herederos de los señores José Antonio Zuluaga Toro, Juan Ignacio Zuluaga Toro y Óscar, María Eugenia, Alba Lucía, Juan David y Beatriz Elena Zuluaga Ramírez, en la sucesión testamentaria de la señora Rosalba Zuluaga de Zuluaga*».

4. Agotadas las demás fases procesales, el Juzgado 9º de Familia de Medellín culminó la primera instancia con sentencia de 24 de abril de 2013, en la que declaró infundadas las excepciones propuestas y accedió a las pretensiones de la demanda.

5. Apelada esa decisión por María Graciela Zuluaga Zuluaga, Guillermo y María Zuluaga Toro, fue revocada con fallo de 18 de septiembre de 2013, para, en su lugar,

desestimar íntegramente las peticiones del libelo, con fundamento en las siguientes reflexiones:

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL**

1. Tras descartar vicio capaz de invalidar el trámite y referirse a las causales de anulación testamentaria, encontró acreditada la legitimación por pasiva en razón a que los convocados son los herederos universales testamentarios de Rosalba Zuluaga de Zuluaga, según da cuenta el acto impugnado; así como por activa al estar los demandantes en el tercer orden hereditario de la causante, ya que José Antonio y Juan Ignacio Zuluaga Toro son sus hermanos, mientras que los demás promotores actúan en representación de Hernando Zuluaga Toro tras su deceso.

2. A continuación abordó los motivos de anulación invocados para concluir improbada la incapacidad alegada de la testadora, pues no se practicó peritaje por expertos en psiquiatría, tampoco se recaudaron testimonios técnicos, pruebas que al tenor de la jurisprudencia son las idóneas para acreditar la perturbación mental enunciada; máxime si el notario cuarto de Medellín sentó en el testamento que Rosalba Zuluaga de Zuluaga se encontraba «*en su cabal juicio*», y las declaraciones recibidas dan cuenta de la enfermedad diagnosticada a la causante, pero no de la alteración de sus facultades mentales, por cuanto los testigos omitieron afirmar que con ocasión de los medicamentos formulados ella estuviera somnolienta, carente de conciencia y vigilancia al manifestar su voluntad.

Por el contrario, quienes rindieron su versión expresaron que Rosalba estaba lúcida, no sólo cuando solicitó a Ligia Inés Zuluaga Jiménez -hija del accionante Juan Ignacio Zuluaga Toro- la consecución del notario para testar, también en el momento de celebrar este acto.

3. De otro lado, el *ad-quem* relacionó los requisitos del testamento solemne abierto y, de cara al acervo probatorio, coligió que la férula que en la mano derecha llevaba Rosalba Zuluaga de Zuluaga no le impidió firmar, según lo relataron una de las testigos instrumentales del testamento e Inés Zuluaga Toro, aunque sí refirieron que lo hizo con dificultad debido al estado de esa extremidad, medios de convicción que no fueron controvertidos con el restante acervo suasorio.

4. Así mismo fue desvirtuada la ausencia del notario en el recaudo de la voluntad testamentaria, toda vez que si bien Ligia Inés Zuluaga Jiménez declaró que a la residencia de Rosalba Zuluaga de Zuluaga no compareció el notario cuarto de Medellín, a quien ella conocía, no menos cierto es que esa diligencia fue surtida por el notario encargado, a quien tal deponente desconocía, según dieron cuenta los demás testimonios acopiados, entre ellos, el de una de las trabajadoras de la notaría, y la certificación que en el curso de lo actuado envió el titular de ese despacho público.

Además, es normal que en la escritura pública se omitiera anotar que la voluntad testamentaria fue recogida

en la residencia de la testadora, porque los despachos notariales tienen competencia en el lugar a donde el notario se traslade.

5. Aunque una de las testigos instrumentales del testamento manifestó que el notario no lo leyó en voz alta, sí informó quienes fueron las demás personas presentes, de quienes sólo una rindió testimonio y dio cuenta de la lectura extrañada por aquella; contradicción que el Tribunal dirimió acogiendo la exposición de la última por ser imparcial, enfática, reiterativa y concordante con lo plasmado por el notario encargado en la escritura pública, documento del cual se presume su validez.

6. Finalmente, anotó el *ad-quem* que la numeración de las asignaciones testamentarias contiene un error al saltar de la tercera a la quinta, así como que una de las hojas de papel notarial en las cuales está plasmado el testamento no coincide con la relación de los folios sentada al final del acto, pero se trata de circunstancias no previstas en el ordenamiento jurídico como causales de invalidación de la escritura pública.

En adición, tal falencia no constituye indicio necesario que demuestre el cambio una hoja del testamento, en razón a que pudo obedecer a la falta de cuidado al revisar las hojas notariales utilizadas, indicio contingente que por su soledad no demuestra la afirmación de los promotores; máxime si las disposiciones testamentarias son coherentes y completas.

## **LA DEMANDA DE CASACIÓN**

Contiene dos embates erigidos en la causal primera prevista en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, por agravio a la ley sustancial por vía indirecta; el primero aduce errores de hecho en la valoración probatoria y el segundo esgrime un yerro de derecho.

Toda vez que el último embate padece de defectos técnicos que impiden su estudio, la Corte inicialmente lo desechara, máxime cuando la conjeturada falencia probatoria del Tribunal en él expuesta también fue alegada en el restante reproche, que la Corte estudiará de fondo en lo subsiguiente.

### **CARGO SEGUNDO**

1. Al amparo de la primera causal del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, se adujo la vulneración indirecta de los artículos 1009, 1010, 1040, 1041, 1043 y 1047 del Código Civil, debido al error de derecho en la valoración de las pruebas, consistente en omitir la aplicación del numeral 2º del párrafo 2º del artículo 101 de aquel ordenamiento adjetivo, en concordancia con el artículo 250 de la misma obra.

Esto por cuanto la inasistencia de la codemandada María Silvia Zuluaga Toro a la audiencia surtida en los términos del artículo 101 citado constituía un indicio, por

demás grave, en contra de dicha enjuiciada; y porque ese medio de convicción demostraba la alegación contenida en la demanda según la cual hubo alteración de la primer hoja del testamento, lo cual revela que el impugnado no contiene la voluntad de la testadora y, por ende, es nulo.

### **CONSIDERACIONES**

1. Cuestión de primer orden es precisar que a pesar de entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso desde el 1º de enero de 2016, al *sub lite* no resulta aplicable por consagrar, en el numeral 5º de su artículo 625, que los recursos ya interpuestos, entre otras actuaciones, deben surtirse empleando «*las leyes vigentes cuando se interpusieron*».

Y como el que ahora ocupa la atención de la Sala fue iniciado bajo el imperio del Código de Procedimiento Civil, será este ordenamiento el que siga rigiéndolo, por el principio de la ultractividad de la vigencia de la ley en el tiempo.

2. Basta para desestimar el segundo reproche anotar que la alegación en que se erige, censura al Tribunal por no haber valorado el indicio grave que recae en contra de la convocada María Silvia Zuluaga Toro, de donde tal crítica, de cara al recurso extraordinario de casación, correspondía invocarla por una senda distinta a la escogida por los recurrentes, esto es, no invocando el error de derecho sino

el de hecho, tal cual lo plasmaron en el cargo restante -que posteriormente la Corte analizará-.

En efecto, el juez puede quebrantar la ley sustancial de forma indirecta al cometer errores de hecho, que aluden a la ponderación objetiva de las pruebas, o de derecho, cuando de su validez jurídica se trata.

La inicial afectación -por faltas fácticas- ocurre cuando el fallador se equivoca al apreciar materialmente los medios de convicción, ya sea porque supone el que no existe, pretermite el que sí está o tergiversa el que acertadamente encontró, modalidad ésta que equivale a imaginar u omitir parcialmente el elemento probatorio porque la distorsión, en que incurre el Juzgador implica agregarle algo de lo que carece o quitarle lo que sí expresa, con alteración de su contenido de forma significativa.

Así lo ha explicado la Sala al señalar:

*Los errores de hecho probatorios se relacionan con la constatación material de los medios de convicción en el expediente o con la fijación de su contenido objetivo. Se configuran, en palabras de la Corte, '(...) a) cuando se da por existente en el proceso una prueba que en él no existe realmente; b) cuando se omite analizar o apreciar la que en verdad sí existe en los autos; y, c) cuando se valora la prueba que sí existe, pero se altera sin embargo su contenido atribuyéndole una inteligencia contraria por entero a la real, bien sea por adición o por cercenamiento (...)'* (CSJ, SC9680, 24 jul. 2015, rad. n.º 2004-00469-01).

La otra modalidad de yerro, el de derecho, se configura en el escenario de la diagnosis jurídica de los elementos de prueba, al ser desconocidas las reglas sobre aducción e incorporación de los mismos, mérito demostrativo asignado por el legislador, contradicción de la prueba o valoración del acervo probatorio en conjunto. La Corte enseñó que se incurre en esta falencia si el juzgador

*Aprécia pruebas aducidas al proceso sin la observancia de los requisitos legalmente necesarios para su producción; o cuando, viéndolas en la realidad que ellas demuestran, no las evalúa por estimar erradamente que fueron ilegalmente rituadas; o cuando le da valor persuasivo a un medio que la ley expresamente prohíbe para el caso; o cuando, requiriéndose por la ley una prueba específica para demostrar determinado hecho o acto jurídico, no le atribuye a dicho medio el mérito probatorio por ella señalado, o lo da por demostrado con otra prueba distinta; o cuando el sentenciador exige para la justificación de un hecho o de un acto una prueba especial que la ley no requiere. (CXLVII, página 61, citada en CSJ SC de 13 abr. 2005, rad. n.º 1998-0056-02; CSJ SC de 24 nov. 2008, rad. n.º 1998-00529-01; CSJ SC de 15 dic. 2009, rad. n.º 1999-01651-01, entre otras).*

Así las cosas, concluye la Corte que en este embate los recurrentes seleccionaron inadecuadamente la senda por la cual debieron plantear su inconformidad, pues no obstante que lo direccionaron como un yerro de derecho, argumentaron situaciones que, de ser ciertas, se enmarcarían en el error de hecho.

Tal falencia es suficiente para colegir inviable ese ataque del libelo extraordinario, porque los cargos invocados deben guardar correspondencia con la causal

escogida por el censor, en desarrollo de la autonomía de los motivos de casación, toda vez que:

*[D]ada la autonomía de las distintas causales previstas en la ley para la procedencia del recurso de casación y el modo independiente como cada una de ellas debe operar de acuerdo con la índole del error judicial de fondo o de forma que tienden a corregir, es claro que no queda al arbitrio de quien a este medio de impugnación acude, hacer uso de dichas causales como mejor le parezca, tomándolas como un simple asunto de nomenclatura sin mayor importancia (CSJ SC de 16 dic. 2005, rad. n.º. 1993-0232-01).*

*El legislador, en el artículo 368 del C. de P. C., consagró diferentes causales de casación para que el interesado, al momento de exponer las razones de su inconformidad e invocar la senda pertinente pudiera, ciertamente, presentar una adecuada denuncia o encauzar su queja de manera idónea. Atendiendo esa perspectiva, al censor le está vedado, al momento de formalizar los cargos, involucrar indistintamente reproches que refieran a una y otra senda casacional; también mixturar o entremezclar, simultáneamente, la fundamentación que sirve de soporte a cualquiera de ellas. (CSJ, AC5139 de 2018, rad. n.º 2001-00636-01; se subraya).*

No podría ser de otra forma, pues la impugnación se encuentra en manos del recurrente, quien establece los motivos y las razones que pueden dar lugar a la casación, sin que el órgano de conocimiento pueda sustituir al legitimado para su interposición, a través de la modificación de la senda escogida por él, ya que de lo contrario asumiría el rol de un juez de instancia y suplantaría al censor<sup>1</sup>.

3. En adición, denota esta Corporación que los recurrentes tan sólo mencionaron las normas que

---

<sup>1</sup> Cfr. Jorge Nieva Fenoll. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, J.M. Bosh, Barcelona, 1998.

estimaron conculcadas sin desarrollar porque la decisión del *ad-quem* las trasgredió.

Realmente ninguna alusión sobre este aspecto fue esbozada, habida cuenta que los peticionarios inicialmente expusieron los preceptos legales que creyeron infringidos y a continuación discreparon de la valoración probatoria realizada por el Tribunal.

Se evidencia que olvidaron argumentar cómo la sentencia vulneró específicamente los preceptos que ellos apuntaron como de tipo sustancial, lo que resta claridad al embate.

En un caso de contornos similares la Sala expuso:

*En lo que respecta al (...) cargo, la fundamentación del mismo carece de la concreción, exactitud y suficiencia que se reclama de los puntales de la censura, pues en la acusación solo se indicó que el Tribunal transgredió los textos legales mencionados, sin explicar de qué modo ocurrió la vulneración, es decir, en qué consistió la ilegalidad del pronunciamiento de segunda instancia, pues no es admisible que el recurrente se limite a exponer su propia selección normativa, disímil de la que efectuó el juzgador, y no se esfuerce por demostrar el yerro in judicando que le atribuye.*

*A la impugnante le asistía la carga de justificar que las disposiciones inaplicadas eran necesariamente las que debían hacerse actuar para solucionar la controversia, y por qué los otros preceptos señalados se interpretaron erróneamente, precisando, entonces, el recto y cabal entendimiento que debió proporcionarse a los mismos y después, evidenciar que el yerro jurídico condujo a la definición de la litis en forma que contraviene el ordenamiento positivo, todo lo precedente a efectos de poner de manifiesto la manera en que se verificó el*

*desafuero alegado, reglas de disciplina del recurso extraordinario que no acató la demandante. (CSJ AC2874 de 28 may. 2014, rad. n.º 2005-00041-01).*

En suma, el cargo padece de los referidos desaciertos, que son suficientes para declararlo impróspero.

### **CARGO PRIMERO**

1. Fundados en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, los recurrentes denunciaron el agravio por vía indirecta de los artículos 1009, 1010, 1040, 1041, 1043, 1047, 1074 y 1083 inciso 2º del Código Civil, debido a errores de hecho en la estimación del material probatorio.

2. En su desarrollo adujeron que fue mal valorada la versión de Blanca Inés Correa Gallo, única de las tres testigos instrumentales del testamento que declaró en el litigio, quien fue enfática, reiterativa, concordante e imparcial, sin tacha de la parte contraria; prueba suficiente para colegir que el notario cuarto encargado de Medellín no leyó en voz alta el testamento de Rosalba Zuluaga de Zuluaga, al momento de la suscripción.

Este yerro tuvo su origen porque el Tribunal prefirió darle credibilidad a otra testigo -quien manifestó no haber estado permanentemente al lado de la testadora ya que entraba y salía de su habitación-, así como al documento contentivo del acto testamentario a pesar de que, precisamente, está siendo impugnado.

3. Igualmente, fue pretermitida la prueba indiciaria porque en el *sub lite* el juzgador colegiado sólo valoró un indicio, cuando estaba en presencia de cuatro: i) la utilización de una hoja notarial diversa a la certificada; ii) la numeración errada de las asignaciones testamentarias al pasar de la tercera a la quinta; iii) «*la diferencia de la tinta que a simple vista se observa en las dos hojas del testamento*»; iv) y la inasistencia de la codemandada María Silvia Zuluaga Toro a la audiencia surtida en los términos del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, que constituye un indicio grave en su contra.

Estos medios de convicción, agregaron los censores, demostraban que fue cambiada la primera hoja del testamento, lo cual deja ver que no contiene la voluntad de la testadora y, por ende, que el acto es nulo.

### **CONSIDERACIONES**

1. La vía indirecta invocada por las recurrentes en la modalidad de error de hecho en la valoración probatoria, como se anotó en precedencia, sucede ostensiblemente cuando el juzgador supone, omite o altera el contenido de las pruebas, siempre y cuando dicha anomalía influya en la forma en que se desató el debate, de tal manera que de no haber ocurrido otro fuera el resultado, lo que debe aparecer palmario o demostrado con contundencia.

Sobre el punto, en sentencia de 21 de febrero de 2012, rad. 2004-00649, reiterada el 24 de julio siguiente, rad. 2005-00595-01, indicó la Sala:

*[E]l error de hecho, que como motivo de casación prevé el inciso segundo, numeral primero, del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, ocurre cuando se supone o pretermite la prueba, entendiéndose que incurrirá en la primera hipótesis el juzgador que halla un medio en verdad inexistente o distorsiona el que sí obra para darle un significado que no contiene, y en la segunda situación cuando ignora del todo su presencia o lo cercena en parte, para, en esta última eventualidad, asignarle una significación contraria o diversa. El error 'atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ella da por probado o no probado el hecho' (G. J., T. LXXVIII, página 313) (...) Denunciada una de las anteriores posibilidades, el impugnador debe acreditar que la falencia endilgada es manifiesta y, además, que es trascendente por haber determinado la resolución reprochada, de tal suerte que, de no haberse incurrido en esa sinrazón, otra hubiera sido la resolución adoptada (...) Acorde con la añeja, reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corporación, el yerro fáctico será evidente o notorio, 'cuando su sólo planteamiento haga brotar que el criterio' del juez 'está por completo divorciado de la más elemental sindéresis; si se quiere, que repugna al buen juicio', lo que ocurre en aquellos casos en que él 'está convicto de contraevidencia' (sentencias de 11 de julio de 1990 y de 24 de enero de 1992), o cuando es 'de tal entidad que a primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso' (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01); dicho en términos diferentes, significa que la providencia debe aniquilarse cuando aparezca claro que 'se estrelló violentamente contra la lógica o el buen sentido común, evento en el cual no es nada razonable ni conveniente persistir tozudamente en el mantenimiento de la decisión so pretexto de aquella autonomía'.*

2. Con base en tales premisas la Sala colige impróspero el cargo bajo estudio, como pasa a verse:

2.1. El Tribunal anotó que la declarante Blanca Inés Correa Gallo atestiguó no haber sido leído en voz alta el testamento de Rosalba Zuluaga de Zuluaga por parte del notario cuarto encargado de Medellín; sin embargo, restó credibilidad a esa versión al enfrentarla con la de Inés Zuluaga Toro, porque ésta informó que tal funcionario público sí cumplió con dicho requisito.

Así las cosas, no se acogerá el reparo inicial de los reclamantes, porque cuando lo cuestionado es la credibilidad que el fallador de instancia le dio a un testigo, al margen de otro, esa solución resulta ajena a la Corte como quiera que no le corresponde dirimir las simples divergencias en la valoración, salvo que sean evidentes, pues, por sabido se tiene que

*si en un proceso se encuentran, por ejemplo, dos grupos de testigos que afirman posiciones contrarias, dando cada uno la razón de la ciencia de su dicho, no puede cometer per se el Tribunal error evidente si se inclina por uno de esos grupos de testigos, máxime si en apoyo de su elección se sustenta en otras pruebas que corroboran el dicho del grupo escogido. Se trata, en efecto, de que en casos como el que abstractamente se plantea, el Tribunal hace uso racional de su discreta autonomía en la apreciación de las pruebas, no pudiendo en consecuencia, cometer yerro fáctico en esa tarea (CSJ SC 003 de 11 feb. 2003, rad. n.º 6948, reiterada en SC11151 de 2015, rad. n.º 2005-00448-01).*

Con otras palabras, cuando el juez opta por dar credibilidad a unos declarantes y no lo hace con otros que se muestran antagónicos, ejerce la tarea de valorar el acervo de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 187 C. de P.C.) y, por ende, no se puede calificar dicha determinación de errada, sino como el cumplimiento de la función de administrar justicia conforme al ordenamiento que lo regula.

2.2. También consideró el *ad-quem* que de la lectura del testamento al momento de su suscripción da fe la constancia plasmada al final de la escritura pública contentiva del acto, documento que por su carácter público se presume auténtico, al tenor del inciso inicial del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, «*mientras no se compruebe lo contrario*».

No obstante que la alegación de los demandantes sobre esta estimación probatoria del Tribunal alude a un yerro de derecho, al estar fincada en que debió excluirse dicho documento por estar impugnado, falta técnica que basta para desestimar la referida crítica por haberse invocado por la senda del error de hecho; dicha apreciación tampoco denota equivocación del funcionario judicial, al contrario de lo esbozado por los reclamantes, en la medida en que el ordenamiento jurídico no resta mérito persuasivo a un documento *-ab initio-* porque sea atacado.

Precisamente, el tenor literal del mandato invocado por el fallador deja al descubierto que, hasta tanto no se

compruebe lo contrario, esa prueba documental sigue surtiendo efectos, por lo que no configuró falencia del juzgador al haberle dado valor demostrativo.

2.3. Ahora, en relación con los cuatro supuestos indicios relacionados en el ataque casacional, menester es recordar lo que tiene precisado la Corte sobre dicho medio persuasivo:

*La apreciación de los indicios comprende una actividad múltiple, que consiste, por un lado, en el examen de los hechos indicadores que brotan de los medios de prueba, y, por el otro, en la deducción o inferencia que con base en ellos permite arribar a otros hechos indicados, como fruto de una operación mental lógica del juzgador de instancia, la cual, en línea de principio, se entiende enmarcada dentro de la autonomía y soberanía que lo asisten, desde luego, salvo en aquellos eventos en que haya incurrido en un error mayúsculo o superlativo, esto es, cuando aparezca una ostensible contraevidencia, ya sea porque sin estar acreditado un hecho indicador es tenido como tal, o estándolo es pasado por alto, o porque, con desprecio de los dictados del sentido común, deja de reconocer o admite, respectivamente, la comprobación de un hecho indicado, haciendo caer así su juicio de valor en el terreno de lo absurdo o irracional. (...). En esta materia, tiene dicho la doctrina jurisprudencial que el error de hecho emerge cuando '... el Juez establece la existencia de un hecho desconocido a partir de un hecho indiciario que no fue probado, o si estándolo ignoró su presencia, o advirtiéndolo le negó la posibilidad de generar conocimiento de otro hecho, o provocó uno con desdén hacia la prueba que obra en el expediente, sin perjuicio, por supuesto, de las fallas inherentes a su apreciación, vinculadas a la concordancia y convergencia que debe existir entre unos y otros, así como entre todos ellos y los restantes medios de prueba recaudados, como lo impone el principio de la unidad de la prueba que albergan los artículos 187 y 250 del C.P.C.' (G.J. t. CCLXI, Vol. II, pág. 1405) (CSJ, SC de 17 jul 2006, rad. n.º 1992-0315-01).*

En este orden, para que se configure la prueba indiciaria se requiere el hecho indicador (que debe acreditarse en el proceso) y la inferencia extraída de este acerca de una situación distinta (hecho indicado), la cual realiza el juzgador.

De allí que la errada ponderación fáctica de un indicio puede emanar de la incorrecta apreciación de los hechos indicadores -ya sea por preterirse los efectivamente demostrados, por desfigurárseles al punto de hacerles perder los efectos que de ellos se derivan o por suponerse unos inexistentes-; así como porque el raciocinio del sentenciador, al deducir el hecho indicado, contradiga abierta y notoriamente el sentido común o las leyes de la naturaleza.

En esta tarea es menester distinguir entre las diversas clases de indicios: i) el necesario, aquel hecho que de manera inequívoca deja ver el indicado; y, ii) el contingente, suceso demostrado pero que puede tener varias causas, lo que da lugar a la subdivisión entre graves, leves y levísimos, según corresponda al grado de persuasión que represente.

El indicio contingente grave se origina *«cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de leve, cuando se revela sólo como una entre varias causas probables, y podrá darle la menguada categoría de levísimo cuando deviene apenas como una causa posible del hecho indicado.»* (CSJ, AP de 8 may. 1997, rad. nº 9858).

A partir de este marco se anticipa que las omisiones probatorias endilgadas al Tribunal no ocurrieron, como pasa a verse:

2.3.1. El Tribunal expuso, respecto de los dos primeros indicios alegados por los recurrentes, aunque se equivocó al contabilizarlos porque los distinguió como uno solo, que *«contrariamente a lo sostenido por los demandantes, no es indicio de que se cambió la primera hoja, al menos no es indicio necesario porque, aunque puede indicar eso, también puede indicar que no se tuvo el cuidado de mirar bien el número de las hojas empleadas para elaborar el testamento, lo que es muy factible si se tiene en cuenta que al indicarlos se empezó por el de la última cuando lo lógico sería que se empezara por la primera y al hacerlo así se creyó que ésta necesariamente era la anterior a la que se tenía a la vista y no fue así y, de acuerdo con el artículo 250 del C. de P.C., con un solo indicio no puede darse por probado el hecho afirmado por los demandantes de haberse cambiado la primera hoja del testamento, menos si es contingente, máxime si se tiene en cuenta que las disposiciones testamentarias no lucen cercenadas o incompletas, no se afirmó ni se acreditó que a la escritura pública que contiene el testamento por faltarle el numeral cuarto le falte parte de las disposiciones de la testadora y de lo dicho por la religiosa hermana de ésta respecto de cuál era su intención indica que no le faltan.»*

En otros términos, el fallador de última instancia consideró que el uso de una hoja notarial diversa a aquellas certificadas en la parte final de la escritura pública no evidencia, necesariamente, el cambio de los folios de ese acto, habida cuenta que se mantenía la posibilidad de tratarse de un error humano al momento de consignar el número de las hojas notariales empleadas.

Igual desestimación extrajo respecto del segundo indicio enunciado en el cargo, el cual tiende a poner de presente que la numeración incorrecta de las disposiciones testamentarias denota el reemplazo invocado de uno de los folios, como quiera que pudo corresponder a una falla de la persona encargada de tal labor.

Es decir, el hecho indicado alegado en el embate casacional no se deriva necesariamente de los sucesos indicadores, como quiera que estos pueden dar lugar a situaciones distintas a la extraída en el cargo.

Lo precedentemente expuesto pone al descubierto que no ocurrió la preterición alegada en el cargo, porque los aludidos indicios sí fueron valorados por el Juzgador de conocimiento, quien infirió que eran de naturaleza contingente, no necesarios, de allí que desestimó la pretensión de los accionantes, ya que no acreditaban contundentemente el cambio de la primera hoja del testamento de Rosalba Zuluaga de Zuluaga.

Traduce esto que no se acreditó por los demandantes la alteración del testamento protocolizado, aspecto objeto del último motivo de su impugnación, lo cual conducía a la desestimación de su pretensión anulatoria, por incumplimiento de la carga de la prueba que en ese extremo procesal yacía.

En consecuencia, el error en la numeración de las hojas notariales evidenciado en el trámite -situación sobre la cual no hubo disenso entre los intervinientes- no tiene otra explicación diferente a que se trató de una falla humana cometida en la Notaría Cuarta de Medellín, al dejar constancia de los folios utilizados, circunstancia que no configura la causal de invalidación invocada en el litigio.

2.3.2. Ahora bien, «*la diferencia de la tinta que a simple vista se observa en las dos hojas del testamento*» es aspecto que no aparece acreditado en autos, en razón a que con tal propósito no fue practicado ningún medio de convicción, a más de que se trata de una crítica que debe ser desestimada por desleal con sus contendores y con la administración de justicia.

Esto por cuanto se trata de un hecho no expuesto en las instancias del proceso, de donde su invocación a través de esta vía extraordinaria en desmedro del principio de lealtad procesal para con el estamento jurisdiccional y con la parte contraria debe ser repelida, por tratarse de un alegato sorpresivo que la doctrina denomina «*medio nuevo*», esto es, aquel que uno de los litigantes guarda para erigirlo

cuando han fenecido las oportunidades de contradicción previstas en el ordenamiento jurídico o para revivirlo a pesar de haberlo abandonado expresamente.

Como lo ha puntualizado la Corporación, avalar en el curso del juicio un argumento o una prueba, expresa o tácitamente, y criticarla sorpresivamente en este escenario extraordinario, denota incoherencia, actuar que no es admisible como quiera que habilitaría la conculcación del derecho al debido proceso de los demás intervinientes, quienes verían cercenadas las oportunidades de defensa reguladas en las instancias del juicio, característica que no tiene el recurso de casación.

Esa falencia basta para la desestimación del reclamo, pues la Corte tiene doctrinado, de antaño, que:

*Ahora, por cuanto el censor, adelantándose a que la Corporación diera por estructurado tal fenómeno, adujo no estar incurriendo en el antitecnicismo de plantear medios nuevos tanto por los motivos discernidos en la acusación como porque las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento, ha de señalar la Corte que si bien es cierto, en relación con el sistema ecléctico que en este punto impera en el ordenamiento positivo, los fundamentos puramente jurídicos y los medios de orden público en puridad de verdad no constituyen hechos nuevos en el recurso extraordinario, no lo es menos que las razones en que se afincan los yerros achacados al sentenciador no atañen, con estrictez, a esos conceptos, pues en este sentido la jurisprudencia ha sostenido que el cargo planteado con base en defectos rituales que se le imputan a la prueba, que antes no fueron discutidos, 'implica un medio nuevo, que no puede ser atendido por la Corte, cuya doctrina rechaza, como medio de esta especie, el hecho de que una sentencia haya tomado en consideración elementos probatorios que como tales no*

*tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, acusación que al ser admitida resultaría violatoria del derecho de defensa de los litigantes y reñida con la índole y esencia del recurso extraordinario' (G.J. t. XCV, pag.497), posición que ha sido reiterada, entre otras, en sentencias de 16 de agosto de 1973(G.J. t. CXLVII, pag.26), 23 de enero de 1981 y número 082 de 21 de septiembre de 1998 atrás citadas. (CSJ SC de 27 sep. 2004 rad. nº 7479, reiterada en SC de 23 jun. 2011, rad. nº 2003-00388-01 y SC7978 de 23 jun. 2015, rad. nº 2008-00156-01).*

2.3.3. En relación con el último indicio alegado, cierto es que el juzgador colegiado pretirió el que recaía en contra de la demandada María Silvia Zuluaga Toro, tras su inasistencia injustificada a la audiencia de que trata el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el numeral 2º del párrafo 2º de ese precepto.

Sin embargo, tal yerro no reviste la trascendencia necesaria para quebrar el fallo cuestionado por cuanto ese precepto señala, en su aparte pertinente, que «...*si alguno de los demandantes o demandados no concurre, su conducta se considerará como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito, según fuere el caso*».

Dicho canon, aplicado el caso de autos, revelaba un impedimento de orden legal y probatorio para declarar fundadas las excepciones de María Silvia Zuluaga Toro, pero no un elemento de prueba en favor de las pretensiones de sus contendoras.

Es decir, la aludida sanción probatoria no exoneraba a los demandantes de acreditar los presupuestos de su pretensión, en la medida en que la desestimación de una defensa perentoria no impone el acogimiento automático de las peticiones de su contraparte, pues bien puede suceder que unas ni otras prosperen.

Total, el referido indicio, aun siendo grave, no constituye plena prueba a favor de las súplicas de la parte contraria. Por lo tanto, la omisión del Tribunal resulta intrascendente.

A este aspecto vale recordar que una falencia en la decisión fustigada no habilita, *per se*, la prosperidad del recurso extraordinario; igualmente es necesario, como ya se memoró, que el error sea protuberante y que la valoración probatoria planteada en el reproche casacional sea la única viable, al punto que inequívocamente deba desecharse la providencia cuestionada; lo que, según se dijo en líneas precedentes, no se cumple en el sub *judice*.

Sobre el tema, la Sala ha expresado:

*A tono con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, tiene establecido la jurisprudencia vernácula de la Corte que dicho medio de impugnación, no obstante habilitarse frente a aquellas sentencias que, como resultado de errores (...) resultan infringiendo la ley sustancial, no constituye una instancia más en la que pueda intentarse una aproximación al litigio, de suerte que, tratándose de la causal primera y cuando se acusa al fallador de haber incurrido en ese tipo de yerros, será necesario que el recurrente demuestre (...) que la equivocación (...) es trascendente, "esto es, influyente o*

*determinante de la decisión ilegal o contraria a derecho; lo cual, descarta, entonces, según lo tienen entendido jurisprudencia y doctrina, aquellos errores inocuos o que no influyen de manera determinante en lo dispositivo de la sentencia, porque su reconocimiento ningún efecto práctico produciría” (cas. civ. de octubre 20 de 2000; exp: 5509), por lo menos frente al cometido de la Corte de proveer a la realización del derecho objetivo que, en esa hipótesis, no se vería lesionado. (CSJ S-158 de 2001, rad. n.º 5993).*

2.4. Así las cosas, están desvirtuadas las falencias en la estimación de los elementos persuasivos endilgados al juzgador de segundo grado, y el único cometido es intrascendente, por lo que la vulneración del ordenamiento sustancial denunciada en el libelo extraordinario no se configuró.

En suma, el cargo bajo estudio únicamente contiene una valoración probatoria basada en una disparidad de criterios, insuficiente para hallarlo próspero, máxime si, como en el reproche anterior, los impugnantes sólo mencionaron las normas que estimaron conculcadas sin desarrollar porqué aducen que la determinación del *ad-quem* las trasgredió.

En efecto, lo expuesto en este ataque es una valoración alterna del acervo probatorio, porque no se argumentó el yerro invocado, en tanto que los peticionarios se limitaron a exponer un punto de vista distinto al del fallador, cuando debieron precisar que se generó la omisión, suposición o alteración de las pruebas; que a causa de uno o varios de estos errores las consideraciones del juzgador se tornaron contraevidentes e insostenibles de cara a lo que

revela el material suasorio; y que la decisión planteada por ese extremo procesal era la única viable.

Al respecto, este órgano de cierre tiene decantado:

*De conformidad con el último inciso del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, cuando se alegue la violación de norma sustancial como consecuencia de error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda o de su contestación, o de determinada prueba, es necesario que el recurrente lo demuestre, actividad que impone, como ha afirmado con reiteración la Corte, que "...más que disentir, se ocupe de acreditar los yerros que le atribuye al sentenciador, laborío que reclama la singularización de los medios probatorios supuestos o preteridos; su puntual confrontación con las conclusiones que de ellos extrajo -o debió extraer- el Tribunal y la exposición de la evidencia de la equivocación, así como de su trascendencia en la determinación adoptada" (Cas. Civ., sentencia de 23 de marzo de 2004, expediente No. 7533;), actividades todas que conducen a la acertada confección de la censura en ese preciso aspecto. En el mismo sentido ha dicho la Corte, también con insistencia, que la demostración del yerro "...se cumple mediante la exposición de la evidencia del error y de su incidencia en la decisión adoptada." (sent. de 2 de febrero de 2001, exp. 5670), por manera que se precisa una tarea de confrontación o de parangón entre lo que la sentencia dijo acerca del medio o de la demanda o contestación y lo que en verdad ella debió decir. (CSJ AC, 30 mar 2009, rad. nº 1996-08781-01)*

Más recientemente indicó:

*En el error de hecho debe ponerse de presente, por un lado, lo que dice, o dejó de decir, la sentencia respecto del medio probatorio, y, por el otro, el texto concreto del medio, y, establecido el paralelo, denotar que existe disparidad o divergencia entrambos y que esa disparidad es evidente. (CSJ AC, 13 ene 2013, rad. nº 2009-00406).*

Es que estimar un cargo fundado tan sólo en un ejercicio de ponderación probatoria diferente al plasmado en la providencia atacada desconocería la doble presunción de legalidad y acierto de que está revestida la sentencia del Tribunal, pues las conclusiones del juez fundadas en el examen de los elementos fácticos son, en principio, intocables, salvo la demostración de un yerro apreciativo, evidente y trascendental, que en el caso de autos no se mostró.

3. De lo analizado emerge que el *ad quem* no incurrió en la conculcación del ordenamiento sustancial enrostrada, circunstancia que conlleva a la frustración de la impugnación extraordinaria, la imposición de costas a sus proponentes, según lo previsto en el inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, y al señalamiento de agencias en derecho como lo dispone el precepto 392 *ibídem*, modificado por el 19 de la Ley 1395 de 2010, para lo cual se tendrá en cuenta que la parte opositora replicó la demanda de casación.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2013, por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario que promovieron José Antonio, Juan Ignacio Zuluaga Toro, Óscar, María Eugenia,

Alba Lucía, Juan David y Beatriz Elena Zuluaga Ramírez  
contra María, María Silvia, Guillermo Zuluaga Toro y María  
Graciela Zuluaga Zuluaga.

Se condena en costas a los recurrentes en casación.  
Por secretaría inclúyase en la liquidación la suma de  
\$6'000.000, por concepto de agencias en derecho.

Cumplido lo anterior devuélvase la actuación surtida  
al Tribunal de origen.

**Notifíquese**



**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**

Presidente de la Sala



**MARGARITA CABELLO BLANCO**



**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**



**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**



**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

**Con ausencia justificada**  
**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**



**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**