TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

SALA CIVIL – FAMILIA

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

Magistrado Ponente **:** JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Radicación : 25-151-31-84-001-2022-00065-01
Aprobado : Sala 27 de septiembre 7 de 2023

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Cáqueza el día 17 de abril de 2023.

ANTECEDENTES

1. Jairo Helí Cruz Gutiérrez presentó demanda de petición de herencia en contra de Myriam Liliana, Andrea Marcela, Genaldo, Francisco Javier y Guillermo Alfonso Mendoza Gutiérrez herederos de la causante Sara Isabel Gutiérrez Romero, pretendiendo se declare que tiene el actor vocación hereditaria en la tramitada sucesión por derecho de representación de su hijo Jairo Iván Cruz Gutiérrez hijo de la causante, que consecuencialmente se ordene la reapertura de la sucesión incluyendo al actor en el nuevo reparto, se oficie a la Fiscalía General de la Nación para que investigue la conducta penal en la que hayan podido incurrir los demandados por la violación del decreto 908 de 1988 modificado por el decreto 1729 de 1989, en lo que respecta al juramento falso ante notario, sobre la no existencia de herederos de igual o mejor derecho y se les condene en costas.

En soporte de su reclamo aduce que Sara Isabel Gutiérrez Romero falleció el día 29 de diciembre del año 2008 y su último domicilio y asiento principal de sus negocios era el municipio de Une, convivió con Genaldo Mendoza Ramos padre de los demandados y habían ya liquidado la sociedad patrimonial entre compañeros por escritura pública No. 532 del 12 de junio del 2008 de la notaría única de Cáqueza.

La causante Sara Isabel Gutiérrez Romero también procreó a Jairo Iván Cruz Gutiérrez nacido el 7 de marzo del año 1980, reconocido por el acá demandante como su hijo extramatrimonial el día 15 noviembre del año 2006, según consta en su registro civil de nacimiento y falleció el 23 de septiembre del año 2007, sin haber dejado descendencia.

Por lo que, como Jairo Iván Cruz Gutiérrez no procreó hijos y es heredero en la sucesión de su madre Sara Isabel Gutiérrez Romero, su padre Jairo Helí Cruz Gutiérrez por derecho de representación es llamado a heredarle como ascendiente más próximo.

Los herederos demandados adelantaron el trámite sucesoral de su progenitora desconociendo la herencia que le correspondía al acá actor como ascendiente hereditario de su finado hermano materno Jairo Iván Cruz Gutiérrez y en escritura pública 8 del 30 de enero de 2020 de la notaría

única del círculo de Une, se adjudicaron el único bien inmueble de la sucesión de la mencionada causante, predio Corralejas, ubicado en la vereda La Mesa del municipio de Une.

Que entre los herederos hicieron negocios sobre sus derechos herenciales, así Francisco Javier y Guillermo Alfonso Mendoza Gutiérrez cedieron sus derechos herenciales a su hermana Andrea Marcela Mendoza Gutiérrez por lo que la heredera en mención es dueña del 60% del inmueble.

Los demandados conocían del derecho que tenía el actor como padre de su fallecido hermano pues en la sucesión de los abuelos maternos Rosalbina Romero de Gutiérrez y Luis Alberto Gutiérrez tramitada en el Juzgado Promiscuo Municipal de Une, todos los hijos heredaron en representación de su finada madre Sara Isabel Gutiérrez Romero siendo allí reconocido Jairo Helí Cruz Gutiérrez como heredero ascendiente en representación de su finado hijo Jairo Iván Cruz Gutiérrez, como lo refleja la anotación 8 del 10 de junio del año 2011 del folio de matrícula inmobiliaria No. 152 - 12170 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Cáqueza.

2. Trámite

Luego de subsanada la demanda fue admitida con auto del 13 de junio de 2022[1], al proceso comparecen y se dan por notificados de la admisión de la demanda los demandados Myriam Liliana, Francisco Javier, Andrea Marcela, Genaldo y Guillermo Alfonso Mendoza Gutiérrez, a través de un mismo apoderado le dan contestación oponiéndose a la prosperidad del reclamo señalando que no es el demandante familiar de su causante madre, que no tiene con ella ningún vínculo de donde derivar el derecho que reclama ni tampoco puede obrar por derecho de representación herencial (1041 C.C.) de su hijo, pues sólo está previsto para la descendencia del heredero y él es ascendiente, ni por derecho de trasmisión que exige la pos-muerte del heredero con relación a la causante y el hijo del demandante y hermano de los demandados murió antes de que falleciera su progenitora (1014 C.C.).

Proponen con fundamento en los mismos argumentos la excepción de mérito de falta de legitimación en causa por activa del demandante.

Con auto del 27 octubre de 2022 se tiene por contestada la demanda, el demandante descorre el traslado de la excepción de mérito oponiéndose a su prosperidad, aduce que no reclama al tiempo derecho de representación y de transmisión herencial, pues solo hizo referencia en su demanda al derecho de representación de su fallecido hijo, que tiene legitimación para accionar quien reclama que un derecho se le ha vulnerado e insiste en que como padre del fallecido hijo de la causante tiene derecho a heredarlo en el segundo orden hereditario porque aquel no dejó descendencia. Que la sentencia C-1101 de 2001 es clara en señalar que hereda por representación tanto el descendiente como el ascendiente y es el actor el único ascendiente del fallecido heredero.

Con auto del 8 de noviembre de 2022 se convocó a audiencia inicial para el 31 de enero de 2023,[2] en ese acto se adelantó la etapa de saneamiento de la actuación, se dio por fracasado el intento conciliatorio, el apoderado de la actora solicitó se profiera sentencia anticipada, aunque el demandado se opuso se dio procedencia a la petición fijándose el día 17 de abril de 2023 para

[1] F1.012 01 Primera Instancia.
[2] F1.028 01Primera Instancia.

proferir sentencia anticipada y realizado el acto convocado se oyeron los alegatos de conclusión y se decidió de fondo el asunto.[3]

3. La sentencia apelada

El a-quo declara probada la excepción de falta de legitimación en causa activa y niega la pretensión de petición de herencia elevada por Jairo Helí Cruz Gutiérrez en representación de su premuerto hijo Jairo Iván Cruz Gutiérrez para participar en la sucesión de sucesión de la causante Sara Isabel Gutiérrez Romero, madre del heredero fallecido, levanta las medidas cautelares y condena en costas al demandante.

Considera que el actor en la condición anotada demandó a Miriam Liliana, Andrea Marcela Heraldo, Francisco Javier y Guillermo Alfonso Mendoza Gutiérrez, herederos de Sara Isabel Gutiérrez Romero pidiendo se le reconociera vocación hereditaria para suceder por derecho de representación a su premuerto hijo en la sucesión de quien fue la madre de su hijo y de los demandados, se rehiciera el trabajo de partición incluyéndolo como heredero.

Que no se discute por los extremos que en efecto fuese el hijo del demandante hermano por línea materna de los demandados y con ello hijo de la causante, que Jairo Iván Cruz Gutiérrez falleció el 23 de septiembre del año 2007 según su registro civil de defunción y que la causante madre Sara Isabel Gutiérrez Romero falleció el 29 de diciembre del año 2008; que era el demandante Jairo Helí Cruz Gutiérrez padre de Jairo Iván Cruz Gutiérrez a quien reconoció como hijo extramatrimonial el 15 de noviembre de 2006 y que el fallecido hijo no dejó descendencia.

Tampoco se debatía que ante la notaría de Une se adelantó la sucesión intestada de Sara Isabel Gutiérrez Romero, recogida en escritura pública 8 del 30 de enero del año 2020 y que en ese acto notarial comparecieron y fueron reconocidos como herederos y adjudicatarios únicamente los aquí demandados hermanos Mendoza Gutiérrez hijos extramatrimoniales de la causante quien ya había liquidado en vida la sociedad patrimonial que conformó con su compañero permanente y padre de los demandados desde el 12 de junio de 2008.

Precisó que como Jairo Iván Cruz Gutiérrez finó antes que su madre Sara Isabel Gutiérrez Romero sus derechos hereditarios en la sucesión de aquella podrían ser reclamados por sus herederos por el fenómeno jurídico de la representación, artículo 1041 del C.C. y no por el de transmisión herencia que regula el artículo 1014 del C.C.; que el demandante invocó representación y era la legitimación en causa para tal reclamo la que discuten los demandados a través de la excepción.

Del análisis del artículo 1041 del C.C. señala que hay dos formas de suceder por herencia, directamente por derecho personal y por derecho de representación de manera excepcional, evento en el que una o más personas entran a ocupar el lugar de otro por el grado de parentesco que tendría su padre o madre, quienes por diferentes razones no pueden hacerlo, por ella, el hijo o hijos acceden a recoger la parte de la herencia que le correspondería a su progenitor, sin importar si se trata de descendientes matrimoniales extramatrimoniales o adoptivos.

[3] F1.034 Aud. Art 372 CGP 01 Primera Instancia.

Que los descendientes representantes del premuerto derivan un derecho personal directamente de la ley y no transmitido por el representado, que les permite tomar el lugar y grado del representado y acceder a la herencia que le hubiera podido corresponder a aquel.

Que en el caso Jairo Helí Cruz Gutiérrez padre del también fallecido Jairo Iván Cruz Gutiérrez quien no dejó descendencia, no está legitimado en la causa para representarlo en la sucesión de su progenitora Sara Isabel Gutiérrez Romero porque la representación solo la establece la ley en línea descendiente no es admisible en la ascendencia del difunto, como lo reiteran los artículos 1042 a 1044 del código civil y la ley 29 de 1982 y citando sentencia de la Corte Suprema de Justicia que así lo reitera[4], considera acreditada la excepción de mérito invocada.

4. La apelación

El demandante considera que por un error de carácter procedimental que fue el haber solicitado la herencia que correspondía a su hijo por derecho de representación, se accedió al decreto de la excepción de falta de legitimación en la causa; cuando lo cierto es que no puede desconocérsele el derecho que tiene a heredar a su hijo en el segundo orden hereditario porque aquel no dejó descendencia, que no se le pude desconocer entonces que tiene legitimación en causa activa.

Que como se aceptó en el proceso, tiene el demandante vocación hereditaria por ser el padre biológico de su fallecido hijo Jairo Iván Cruz Gutiérrez*,* por no haber dejado aquél hijos legítimos ni adoptivos ni compañera ni esposa, y ser el actor su ascendiente más próximo y único heredero.

Concluye que Jairo Helí Cruz Gutiérrez no heredaba en representación de su finado hijo Jairo Iván Cruz Gutiérrez, por ser ascendiente directo en segundo grado, como erróneamente lo había solicitado, pero si tiene vocación hereditaria y no se le puede desconocer el derecho a heredar por derecho personal, pues de lo contrario se violaría un derecho constitucional, desconociendo de un tajo la herencia que le correspondía al hijo en la sucesión de su madre, sin saber a quién le corresponde.

Reclama el recurrente que se revoque la sentencia y se reconozca vocación hereditaria a Jairo Helí Cruz Gutiérrez en los bienes que le corresponderían a Jairo Iván Cruz Gutiérrez en la sucesión de Sara Isabel Gutiérrez Romero dándole prelación al derecho sustancial sobre el derecho procedimental.

CONSIDERACIONES

1. Se encuentra establecidos los presupuestos procesales, la competencia del juzgado que conoció en primera instancia debido a la naturaleza del asunto y el domicilio de los demandados y de este Tribunal por ser su superior funcional. El demandante y los demandados personas naturales y mayores de edad, tiene por su existencia, capacidad para ser parte y por su mayoridad, capacidad para comparecer. La demanda reunió los requisitos formales que permitieron su admisión, de donde es dable afirmar que se encuentran reunidos los presupuestos procesales, que permiten una decisión de mérito y no se considera configurada causal de nulidad que invalide lo actuado.

2. Otorga el artículo 1321 del Código Civil a todo aquel que pruebe su derecho a una herencia que este ocupada por otra persona bajo la calidad de heredero y frente al cual se tiene mejor o

[4] Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de junio de 1981.

igual derecho en el reclamo herencial, la facultad de solicitar que se le adjudique la herencia que le corresponde y con ello, la restitución de las cosas que conformaban la masa sucesoral, sus aumentos y frutos proporcionales de los bienes relictos, en un nuevo reparto compartido o excluyente.

Este tipo de acción de linaje real, no por la naturaleza de los bienes materia de la herencia sino por la naturaleza que a ésta le es atribuible en razón al derecho que se discute (art. 665 C.C.), permite el reclamo de una nueva adjudicación de los bienes herenciales que fueron objeto del reparto, si se trata de heredero de mejor derecho, frente a quienes fueron sus adjudicatarios; o bien la concurrencia a un nuevo reparto, en igualdad de condiciones con aquellos, cuando se concurre en igual derecho con los herederos que reciben el reclamo de petición herencial.

Es igualmente una acción de orden patrimonial pues no solo está en juego la calidad de continuador de la personalidad jurídica del causante que se reclama, sino la de obtener un nuevo reparto en que, previa cancelación de la partición anterior, se haga una nueva adjudicación excluyente o compartida de los bienes relictos, que comportará, la transferencia del dominio y entrega a sus adjudicatarios.

3. La solución de la alzada.

Como se enunció, quien acude al órgano jurisdiccional para incoar la acción de petición de herencia alegó ser heredero por derecho de representación de su hijo premuerto en la sucesión de la causante madre de aquél, pues como padre del fallecido descendiente de la causante es su único heredero al no haber dejado aquel ni hijos ni cónyuge o compañera permanente.

Ahora al apelar el actor acepta la conclusión del Juzgado de que no procede en su caso el derecho de representación herencial y que no poder heredar él porque está concebido sólo para la descendencia. Pero considera que hubo en su reclamo un error de procedimiento que no puede empañar su indiscutible reclamo de herencia, pues es él como demandante el único heredero de su hijo, que no tuvo descendencia ni dejó cónyuge o compañera permanente, y que debe primar el derecho sustancial.

Para dar respuesta al reclamo del recurrente quien plantea una variante al fundamento del pedimento que elevó con la demanda, aunque mantiene su pretensión de ser reconocido con derecho a participar en el reparto de bienes que dejó la madre de su hijo, dice ahora hacerlo no desde el derecho de representación, sino como heredero directo y personal de su hijo, quien no dejó ni descendientes ni cónyuge ni compañera.

Volveremos sobre la sentenciada falta de legitimación en causa activa, la regulación en general de la institución y seguidamente en las particularidades que tiene en la pretensión de petición de herencia, para con base en ello emitir una respuesta que resuelva el reclamo del apelante, incluida la variación que hizo a su reclamo al recurrir.

3.1. La legitimación en causa.

Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam consiste en "la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación

activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)". (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185).

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

Claro es que, la legitimación en causa no es presupuesto para el ejercicio del derecho de acción, sino requisito indispensable para el proferimiento de una sentencia de mérito[5]; lo que impone su obligatoria consideración al juez al momento de fallar; es ella la identidad que debe darse entre los sujetos que son parte de la relación o relaciones jurídico sustanciales que en el proceso se definen y de quienes acuden al trámite procesal, como sujetos de la relación jurídico procesal o partes del proceso.

Por cuanto "el juzgador debe verificar la *legitimatio ad causam* con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular."[6]

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

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

3.2. La legitimación en causa activa y pasiva en la pretensión elevada la señala la ley, es el artículo 1321 del C.C. el que faculta a "*el que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia, y se le restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como incorporales*…"

3.2.1 Es decir, la posibilidad de elevar el reclamo se reserva a quien sea heredero del de cuyus cuya sucesión se tramitó sin su presencia, teniendo él un derecho a heredar en concurrencia con quienes adelantaron la sucesión o excluyéndolos por ser heredero de mejor derecho, siendo los herederos adjudicatarios los legitimados en causa pasiva para recibir el reclamo.

Precisa la jurisprudencia:[7]

> "En lo tocante con el interés de quien gestiona una acción de petición de herencia, la Sala tiene dicho que debe seguirse la misma regla aplicable a todos los derechos reales: "Puede ejercitarla quien sea el titular del correspondiente derecho: verbi gratia, en el de

[5] Carlos Ramírez Arcila. Teoría de la acción. Pág.229.
[6] C.S.J. Sala de Casación Civil, Sentencia de julio 1º de 2008. Exp. 11001-3103-033-2001-06291-01
[7] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil M.P. Álvaro Fernando García Restrepo bajo el radicado No 05001-31-10-008-2008-00426-01 del 6 de octubre de 2015.

> dominio el propietario, y en el de la herencia el heredero; cosa en la que quiso ser explícita la ley, pues para éste último dispuso en el artículo 1321 atrás mencionado: (…) 'El que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias…' (resaltase deliberadamente). (…). Que es acción que sólo corresponde al heredero lo tiene suficientemente definido la jurisprudencia, como que en muchas oportunidades ha expresado que 'es la que confiere la ley al heredero de mejor derecho para reclamar los bienes de la herencia ocupados por otra persona, que también alega título de heredero. Es, pues, una controversia en que se ventila entre el demandante y el demandado a cuál de ellos le corresponde en todo o en más parte el título de legítimo sucesor del causante en calidad de heredero, y, de consiguiente, la universalidad de los bienes herenciales o una parte alícuota sobre estos. Por consiguiente, la cuestión de dominio de los bienes en esta acción es consecuencial y enteramente dependiente de la cuestión principal que allí se discute sobre la calidad de heredero' (XLIX, 229; LXXIV, 19). Hace dicho, en trasunto, que 'es la calidad de heredero en que se apoya el demandante, controvertida por el demandado heredero, lo que constituye la cuestión principal de esta especie de acción' (LII, 660) (CSJ, SC del 20 de mayo de 1997, Rad. n.° 4754; se subraya).

Debe entonces definirse si prueba el acá demandante la condición de heredero pretermitido en la sucesión de la causante Sara Isabel Gutiérrez Romero falleció el día 29 de diciembre del año 2008 y que tiene mejor o igual derecho de los herederos hijos de aquella y acá demandados Myriam Liliana, Andrea Marcela, Genaldo, Francisco Javier y Guillermo Alfonso Mendoza Gutiérrez .

Y lo cierto es que desde la prueba documental allegada, registros civiles de defunción de la causante y de nacimiento de los demandados, indiscutible se torna, lo que tampoco se pone en tela de juicio en el proceso, que son los demandados hijos de la causante y que en condición de herederos ocupan la herencia que les fue deferida, cuya liquidación se adelantó a través de la notaría única de Une y se protocolizó en escritura pública 8 del 30 de enero de 2020 de la notaría única del círculo de Une.

Esto es, acreditada está la legitimación en causa pasiva de los demandados, pero no así la legitimación en causa activa del demandante, pues no es el acá actor Jairo Helí Cruz Gutiérrez hijo de la causante, para poder atribuirle la condición de heredero de similar derecho de los asignatarios a quienes demanda, para poder atender su reclamo.

En efecto, no invoca el demandante esa condición y lo que las pruebas del estado civil allegadas acreditan es que es el padre de Jairo Iván Cruz Gutiérrez quien si era hijo de la causante, pero quien falleció el 23 de septiembre del año 2007, antes de ella Sara Isabel Gutiérrez Romero falleciera, el 29 de diciembre de 2008.

3.2.2. La delación de la herencia es el llamado que cuando fallece el causante se hace a sus asignatarios para que manifiesten si la aceptan o la repudian, pero para recibir ese llamado tiene que tenerse la condición de heredero, esto es, sobrevivir al causante, pues: *"si es evidente que la condición de hijo se origina en el hecho mismo de la generación y que en ella radica la calidad de legitimario con que la ley llama al hijo a heredar a su padre o a su madre en el instante en que aquél o esta fallezca, no es menos cierto que el carácter de heredero en el descendiente no quedará constituido sino en el momento mismo de la muerte del causante. Solo entonces, se consolidará en el hijo su calidad de heredero forzoso o legitimario. Será en ese preciso*

acontecer cuando se le diferirá su designación forzosa o legítima (artículo 1013 ibidem), y cuando quedará habilitado para aceptarla (artículo 1282) y entrar a ejercer todas las facultades que al heredero confiere la ley en relación con el patrimonio relicto"[8].

Por lo que, siendo así las cosas, al haber fallecido Jairo Iván Cruz Gutiérrez más de un año antes que su mamá, cuando ella fallece, no lo constituyó en su heredero no le defirió su herencia porque ya no podría aquel heredarla de forma directa, pues no se cumplía el requisito de haber sobrevivido al causante para poderlo heredar de forma personal o directa, pues como señala el artículo 1019 del C.C., por regla general, "*para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión*", y la sucesión se abre conforme lo dispone el artículo 1012 ídem "*al momento de su muerte en su último domicilio*"; mientras el causante no fallezca no se tiene derecho a su herencia sino una simple expectativa.

Ahora bien, si el heredero fallece antes de haber ejercido el derecho de opción, vale decir, después de haberle deferido su herencia sin manifestar que acepta o repudia la asignación, le trasmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar la herencia o el legado, así fallezcan sin saber que se le había deferido la herencia, es ese el derecho de trasmisión herencial que en el caso no podría darse porque el señor Jairo Iván Cruz Gutiérrez falleció antes de que se le defiriera la herencia de su madre.

Lo que nos lleva a concluir que no podría el acá demandante Jairo Helí Cruz Gutiérrez elevar demanda de petición de herencia respecto de la causante Sara Isabel Gutiérrez Romero, porque su hijo Jairo Iván Cruz Gutiérrez hijo de la causante, no fue heredero de aquella, pues no existía para el momento en que su madre murió y por mandato legal se le defirió la herencia, no siendo el heredero de aquella, su muerte un año antes que su madre, tampoco permite se aplique la excepción de reclamo de herencia por derecho de trasmisión herencial, pues como se anotó, falleció Jairo Iván antes de que le fuera deferida la herencia de su madre.

Esto es, que el acá demandante Jairo Helí Cruz Gutiérrez como ascendiente del causante Jairo Iván Cruz Gutiérrez se le defirió la herencia de aquel el día 23 de septiembre de 2007 cuando el murió, pero su herencia estaba constituida por los bienes que aquel tenía al momento de su defunción, entre los que no estaba la herencia de su madre Sara Isabel Gutiérrez Romero, frente a la cual por estar ella viva a dicho momento Jairo Iván Cruz Gutiérrez tenía solo una expectativa que se frustró con su defunción, pues al morir antes de ella, ya no sería heredero de su sobreviviente madre.

Por ello, carece de legitimación en causa Jairo Helí Cruz Gutiérrez para demandar en petición de herencia de la causante Sara Isabel Gutiérrez Romero a los hijos y herederos de aquella que tramitaron su proceso sucesoral Myriam Liliana, Andrea Marcela, Genaldo, Francisco Javier y Guillermo Alfonso Mendoza Gutiérrez, pues no siendo heredero de ella ni él ni su hijo, no tiene el actor vocación hereditaria en la tramitada sucesión.

3.2.3. Aunque el actor al apelar acepta que tampoco es heredero por derecho de representación, porque es una institución establecida únicamente en favor de los descendientes y no de los ascendientes, lo que no iría con su condición de padre del fallecido hijo, lo cierto es que, asiste la razón al juez en su fallo al denegar aplicación al derecho de representación al recurrente para

[8] C.S.J. Sala de casación civil, sentencia de agosto 22 de 1967.

heredar a la causante en lugar de su hijo y con ello, al dar por acreditada la excepción de falta de legitimación en causa activa y negar las pretensiones de la demanda.

En efecto, es la representación un estatuto legal, por medio del cual se permite a un pariente de grado más alejado, que recoja la parte que su padre o madre habrían recogido si hubiesen querido o podido suceder.[9] Y conforme con el artículo 1043 del C.C. modificado por el artículo 3º de la Ley 29 de 1982, **"*Hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hermanos***"

Se afirma entonces que esta institución responde a una noción de justicia y de interpretación de los afectos presuntos del causante en los que se funda la vocación hereditaria, según la cual, el orden de los amores familiares se determina por el grado de parentesco, la regla general deducida de la propia naturaleza humana es que en materia de vocación hereditaria el más próximo pariente excluye al más lejano, siendo la representación la excepción a esa regla al permitir que parientes de grado más lejano sean llamados a heredar con parientes más próximos, porque en los afectos del de cujus ocupan aquellos el mismo lugar que estos.

La recoge el artículo 1041 del código civil conforme al cual "se sucede ab intestato por derecho personal o por derecho de representación", si este derecho no existiera, entonces el sobrino sería excluido del reparto por el tío en la sucesión de su abuelo, cuando su padre que tenía iguales derechos a los de su tío no quiso o no pudo sucederlo.

Se señala entonces que son tres las condiciones para que ella se presente. 1°. Que el lugar del representado esté vacante. 2° Que el representado tenga en relación con el de cujus las condiciones necesarias para sucederlo y 3°. Que los grados de parentesco intermedios estén vacantes. La vacancia del lugar del representado es requisito sine qua non, y puede darse por premuerte o por declaratoria de indignidad o desheredamiento o repudio de la herencia por el heredero vivo.

3.3. En conclusión, los reparos del demandante y apelante no se abren paso, no logró aquél demostrar que tuviese la legitimación en causa activa para demandar frente a los herederos hijos de la causante la petición de herencia, que "*se consagra por la ley para perseguir con ella una universalidad jurídica-el patrimonio del causante –por parte de quien siendo heredero suyo no tiene la ocupación de la herencia. Es entonces, acción de carácter general, propia del heredero, no trasmitida por el de cuyus sino personal de aquél, que tiene como sujeto pasivo a quien diciéndose heredero tiene o pretende la herencia y, que, como ya se dijo, existe con el objeto de obtener la tutela jurisdiccional del derecho hereditario sobre el patrimonio del causante, ya porque el actor alega y demuestra ser un heredero único, concurrente o de mejor derecho que el ocupante de ella"*[10] Dado que no demostró ser heredero directo de la causante Sara Isabel Gutiérrez Romero, pues no es su hijo para poder reclamarle a quienes le heredaron en tal condición que le compartan su herencia.

Ni tampoco lo legitima en causa el ser el padre de Jairo Iván Cruz Gutiérrez quien aunque hijo de la causante no fue su heredero, pues falleció antes de aquella y su herencia no le fue por ello deferida, y quien como no dejó descendientes imposibilitó un derecho en aquellos de reclamar por representación el ocupar el lugar que podría haber tenido en ese reparto herencial.

---

[9] Carrizosa Pardo, Hernando. Las Sucesiones. Ediciones Lerner, Bogotá, 1959, cuarta edición, Pag.167.
[10] Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de julio 12 de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianneta.

Como quien le sobrevive es su padre, ascendiente directo, no puede reclamar el derecho de representación herencial porque la ley lo reserva sólo a los descendientes del heredero que no pudo, como en el caso ocurrió, o no quiso heredar, dejando por ello sin posibilidad de reclamar también por esta vía la petición de herencia.

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

RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Cáqueza el día 17 de abril de 2023 que negó a las pretensiones de la demanda.

Sin condena en costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

Notifíquese y cúmplase,

Los magistrados,

JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS **JAIME LONDOÑO SALAZAR**

GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ