

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
CUNDINAMARCA  
Sala Civil – Familia

Magistrado Sustanciador:  
Germán Octavio Rodríguez Velásquez

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veinte (2020).

Ref: Sucesión de José Emiliano Galarza  
Bogotá y Obdulia Mantilla de Galarza.  
Exp. 25754-31-10-001-2019-00880-01.

Pasa a decidirse el recurso de apelación interpuesto por María Patricia Cortés Castro contra el auto de 22 de enero pasado dictado por el juzgado de familia de Soacha, mediante el cual rechazó, previa inadmisión, la demanda presentada dentro del asunto, teniendo en cuenta los siguientes,

I.- Antecedentes

La apertura de la mortuoria conjunta de los cónyuges Galarza-Mantilla, quienes fallecieron el 16 de julio de 1928 y el 17 de enero de 1955, respectivamente, fue solicitada por la recurrente, aduciendo ser heredera “*en calidad de hija legítima del heredero colateral*” Jorge Humberto Cortés Mantilla, sobrino de Anselma Mantilla quien, a su turno, era hija de María Soledad Mantilla Garibello, hermana de la causante, esta última también llamada a recoger la herencia de su cónyuge por haber fallecido antes.

Mediante el proveído apelado, el a-quo rechazó la demanda, haciendo ver que a la demandante no le asiste derecho para solicitar la apertura de la sucesión, pues siendo nieta de Anselma Mantilla, sobrina de la causante, no puede reclamar la herencia en el cuarto orden sucesoral; de acuerdo con lo previsto en la ley 28 de 1982,

los llamados a heredar son los sobrinos del causante y no “*los tíos, los sobrinos nietos, ni primos hermanos*” de aquéllos, pues se excluyen los “*demás colaterales*”.

Contra esa determinación interpuso la interesada recurso de apelación, el que le fue concedido en el efecto suspensivo y, debidamente aparejado, se apresta el Tribunal a desatar.

## II.- El recurso de apelación

Sostiene que la demanda no fue admitida a trámite, no por encontrarse configurada alguna de las causales que habilitan al juez a rechazar de plano la demanda, como lo es la falta de jurisdicción, competencia o vencimiento del término de caducidad, sino por no haberse aportado la prueba de la calidad de heredero, requisito formal que bien puede controvertirse a través de excepciones previas.

Lo decidido, adicionalmente, desconoce que la jurisprudencia sostiene que “*cuando el causante no deja descendencia, ascendencia, ni cónyuge, pero sí le sobreviven hermanos, debe darse apertura al juicio mortuario en el tercer orden hereditario donde se encuentran ubicados los colaterales del difunto y en el cual sus ascendientes pueden representarlos de manera indefinida*”, es decir, no solamente son los hijos de los hijos o de los hermanos quienes pueden heredar, sino que también sus descendientes, en cualquier grado, pueden actuar como sus representantes.

Así, como la causante Obdulia Mantilla no tiene descendientes, ni ascendientes o cónyuge, quien entraría a heredarla sería su hermana María Soledad Mantilla, pero como ella falleció, de ahí en adelante se puede llegar a tener vocación hereditaria a través del fenómeno de la representación, cual acontece con la demandante, que reclama su herencia como representante de su padre Jorge Humberto Cortés Mantilla.

### Consideraciones

A voces del precepto 1312 del código civil, al que remite el actual artículo 488 del código general del proceso, solamente determinadas personas están legitimadas para comparecer a la diligencia de inventarios y avalúos dentro del proceso de sucesión lo cual, por efecto de esa remisión, significa que solo esas personas, concretamente *“el albacea, el curador de la herencia yacente, los herederos presuntos testamentarios o abintestato, el cónyuge sobreviviente, los legatarios, los socios de comercio, los fideicomisarios y todo acreedor hereditario que presente el título de su crédito”*, estarán habilitadas para pedir su apertura.

Quienes no cataloguen en ninguna de estas categorías, obviamente, siendo restrictiva esa enumeración, no están, simplemente, habilitados para demandar la apertura de la sucesión, lo que en buenas cuentas significa que si en alguna comprobación debe entrar el juzgador al disponer sobre esa apertura, ésta ha de ser precisamente en la de que venga promovida por una de las personas autorizadas para ello, pues de lo contrario no será factible que acceda a ese decreto, independientemente de que para hacerlo acuda al expediente del rechazo del libelo petitorio, o bien que rehúse escuetamente la apertura, algo indiferente, pues a la final el problema no es de formas ni mucho menos de nomenclaturas, como parece comprenderlo la apelación, sino de carácter material, donde, es ostensible, procurando esa primera fase del proceso establecer en qué consiste la herencia y entre quiénes ha de distribuirse, las excepciones previas no prestan ningún servicio a ese objetivo, al punto que justamente debido a ello es que el legislador le asigna un trámite especial en el que no hay sitio para aquellas, naturalmente que el control formal que hace el juzgador trasciende de las formas a lo sustancial, por supuesto que, en estas condiciones, resulta infundada esa crítica al juzgador a-quo por haberse supuestamente anticipado inopinadamente a efectuar esa verificación que realizó al proveer como lo hizo sobre la apertura de la mortuoria.

Ahora bien. Ya se sabe que en la sucesión intestada es posible heredar, de conformidad con el precepto 1041 del estatuto civil, bien por "*derecho personal*" ora por "*representación*", forma esta que ha sido considerada como una "*ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si ésta o aquél no quisiese o no pudiese suceder*", regla legal de cuyo contenido se deduce claramente que los descendientes del hijo o hermano premuerto, son los que pasan a ocupar el derecho de sus padres en la sucesión de sus abuelos o de sus tíos, cuando éstos no han podido o no han querido heredar.

El derecho de representación, entonces, es una "*institución de origen legal por medio de la cual determinados personas que son descendientes de un mismo tronco o en concurrencia con herederos de otro tronco, ejercitan los derechos que en la sucesión abierta hubiera tenido su ascendiente fallecido antes que el causante, en caso de haberle sobrevivido a éste (...)* A diferencia del modo de heredar por derecho propio, que es la regla general en materia sucesoral y por cuya virtud los herederos de un mismo grado se dividen la herencia por cabezas ocupando cada uno su lugar, en la representación es presupuesto indispensable la pre-muerte de uno de los herederos, circunstancia que le permite a sus descendientes tomar en la herencia lo que le hubiera correspondido a aquél en caso de haber sobrevivido al de *cujus*. Además, para que se presente la representación es menester que el representado fallecido durante toda su vida haya gozado de su capacidad para heredar al de *cujus*, que el representante sea su legítimo descendiente y que el representante tenga un derecho personal (vocación) a la sucesión del causante" (Sentencia C-1111 de 2001).

Así, siendo "*una excepción a la regla del grado, puesto que permite a los herederos - que sin ella quedarían postergados por otros de grado más próximo-, participar en la sucesión en concurrencia con estos últimos, y lo hacen representando a uno de sus*

*ascendientes pre-muerto de igual grado que los herederos llamados a la sucesión”, debe concluirse que “cuando el artículo 1042 del Código Civil emplea la expresión ‘en todo caso’, no hace otra cosa que indicar que en todos los eventos en que habiéndose cumplido los requerimientos exigidos por la ley, la representación se hace necesaria para garantizar un derecho igual a los representantes de cada estirpe y en forma ilimitada, ya que no solamente los hijos de los hijos o de los hermanos o hermanas del de cuius, sino también sus descendientes de cualquier grado podrán actuar como representantes” (sentencia citada).*

Lo anterior está diciendo, cual en efecto lo plantea la apelación, que lo relativo a la representación “*puede compendiarse en el sencillo principio de que la herencia que hubiere correspondido a un hijo, o a un hermano del difunto, que no quieran o no puedan sucederle, puede ser reclamada por los respectivos hijos de estos últimos -nietos o sobrinos del causante, según el caso-, y así sucesiva e indefinidamente a medida que los grados de parentesco se encuentren vacantes. La representación sucesoria pues, se insiste, opera sólo en favor de los descendientes del difunto y de los descendientes del hermano del difunto; y en ningún otro caso’.* (Sentencia de Casación de 23 de abril de 2002, Exp. 7032, reiterada en sentencia de Tutela de 21 de febrero de 2013, Exp. 2013-00238-00 y STC-10414-2015, de 11 de agosto de 2015, entre otras)” (Cas. Civ. Sent. de 16 de septiembre de 2016, exp. STC13259-2016).

La cuestión, sin embargo, es que esa tesis solo de viene de aplicación en los casos en que “*la herencia se está repartiendo en el primer o tercer orden hereditario, es decir, entre los hijos del causante o entre sus hermanos*”, en cuyo evento la “*figura de la representación es indefinida o ilimitada, porque así lo prevé de manera certera el artículo 1043 del ordenamiento civil y la jurisprudencia nacional*” (sentencia citada), que no en un caso como el de ahora, en que al momento de fallecer la causante Obdulia Mantilla [18 de enero de 1955], la única que la sobrevivía era su sobrina Anselma Mantilla, toda vez que María

Soledad Mantilla había fallecido el 13 de marzo de 1913, esto es, antes de que se diera la delación de la herencia.

¿Qué quiere decir lo anterior? Que en lo que respecta a la sucesión de la causante, se hallaban vacantes los tres primeros órdenes sucesorales, porque a ésta no le sobrevivieron descendientes, padres, cónyuge, ni hermanos y, por ende, que en esas condiciones la herencia había de repartirse en el cuarto orden sucesoral, donde se encuentran los hijos de los hermanos.

A éstas, bueno es traer a capítulo que dicho orden, que era denominado antes como el de los 'colaterales', "*beneficiaba la institución hereditaria hasta los colaterales del cuarto grado, hoy en día corresponde al de los sobrinos*", pues, dice el artículo 8° de la ley 29 de 1982, que modificó el artículo 1051 del código civil, que a "*falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptantes, hermanos y cónyuges, suceden al difunto los hijos de sus hermanos*"; lo que de contera está diciendo, que "*el hijo del hermano tiene dos medios reconocidos por la ley: uno que es el escogido por el art. 8 de la Ley 29 de 1982, según el cual heredaría por cabezas; y otro como el de la representación previsto en el art. 3 de la misma ley, conforme al cual hay siempre lugar a la representación en la descendencia de los hermanos*", pero, desde luego, una interpretación armónica de esas normas, lo que lleva a colegir es que "*los hijos de los hermanos siempre heredan por representación, cuando sobreviven hermanos, es decir tíos. El [cuarto] orden opera cuando solo sobrevivan al causante sobrinos, caso en el cual heredan por cabezas*" (Suárez Franco, Roberto; Derecho de sucesiones; 3ª Edición; Editorial Temis; Santa Fe de Bogotá; 1999), lo que refuerza la idea de que no existiendo otros hermanos, era Anselma, en su condición de sobrina, la llamada a heredar en el cuarto orden sucesoral.

Acontece, empero, que doña Anselma Mantilla, falleció también, pero después del deceso de su tía, valga decir, el 4 de enero de 1998, de suerte que las cosas podrían saldarse apelando a la regla establecida en el

artículo 1014 del código civil, a cuyo tenor se tiene que “[s]i el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, trasmite a sus herederos el derecho de aceptar dicha herencia o legado o repudiarlos, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido”, si no fuera porque Jorge Humberto Cortés Mantilla, su heredero, ya había fallecido desde el 25 de abril de 1983, lo que daría pábulo, en esas condiciones, para que su hija María Patricia Cortés Mantilla lo representara, cual lo pretende en el libelo demandatario, salvo porque, como ya ha sido criterio decantado, el fenómeno de la representación no tiene cabida en el cuarto orden sucesoral.

Dice, en efecto, la doctrina autorizada, que la “representación en línea colateral del art. 1043 del C. C. la limita a la ‘descendencia de los hermanos’ (del difunto, con lo cual señala claramente que los únicos colaterales que pueden ser representados son ‘los hermanos del difunto’. Por consiguiente, los sobrinos del difunto carecen de la habilidad o condición jurídica para asumir la calidad de representado. De otra parte, es preciso recordar que la expresión ‘Descendencia’ que se emplea con relación a los hermanos representados se encuentra a la descendencia en primer grado, es decir, a los hijos de los hermanos del causante, sobrinos de éste (supra N°230). Los sobrinos solamente pueden representar, esto es, pueden ser representantes hereditarios; pero no pueden ser representados”, lo cual “obedece no solo a la claridad del art. 1043 del C.C. (art. 27 del C.C.) sino también ‘porque el derecho de representación, por oposición al derecho directo y personal de heredar, es institución excepcional, que debe interpretarse restrictivamente’ (Sent. del 17 de agosto de 1977. Jurisp. Suc. Tomo IV, Sent. N°543)” y precisamente por ese “carácter estricto de la vocación hereditaria”, es que ésta “no puede entenderse asignada sino en los casos específicamente previstos en la ley; y en el art. 1040 C.C. no se le otorga vocación hereditaria a la colateralidad sino únicamente a los ‘hermanos’ y a ‘los hijos de éstos’. Por lo tanto, solamente ellos suceden

*colateralmente al difunto, mas no, ningún otro colateral”* (Lafont Pianetta, Pedro; Derecho de Sucesiones; Tomo II, 5ª edición; Editorial Librería del Profesional; 1979; Bogotá).

Lo anterior quiere decir que si Anselma hubiese podido heredar personalmente en el cuarto orden sucesoral y a ella no le sobreviven herederos que pueden ejercer la facultad de la que no hizo uso -de aceptar o repudiar la herencia- pues, se reitera, en ese orden no tiene cabida el fenómeno de la representación, debe concluirse que no concurren los requisitos para que pueda reconocérsele a la demandante la calidad de heredera ni directamente, ni tampoco por transmisión y, mucho menos, por representación.

Lo dicho, entonces, autoriza confirmar esa decisión sin lugar a imposición en costas, dado que así lo autoriza el precepto 365 del código general del proceso.

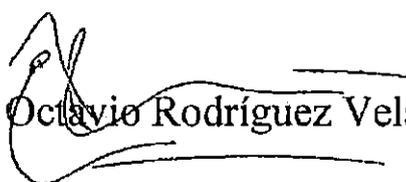
### III.- Decisión

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil – Familia, confirma el auto impugnado de fecha y procedencia preanotados.

Sin costas.

En firme, vuelva el proceso al juzgado de origen para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

  
Germán Octavio Rodríguez Velásquez