

INFORME SECRETARIAL. Cali, enero 12 de 2022.- A despacho de la señora juez, para resolver el recurso de reposición y en subsidio de apelación, presentado por la incidentalista, en contra el auto No 1655 de 19 de octubre de 2021, radicado el día 27 de octubre de 2021, a la 1:26p.m. Sírvase proveer.

JOSE ALBEIRO RODRIGUEZ CORREA
Secretario



JUZGADO ONCE DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI

Cali, enero doce (12) de dos mil veintidós (2022)

SUCESION INTESTADA

Radicación No. 76001-31-10-011-2020-00254-00

AUTO No 008

OBJETO DE LA DECISION

Procede el despacho a resolver el recurso de reposición interpuesto por la incidentalista, contra el auto No. 1655 de 19 de octubre de 2021, notificado por estados el 22 de octubre hogaño, por medio del cual se decidió el incidente de heredero de mejor derecho.

ANTECEDENTES

Mediante auto 975 del 13 de noviembre de 2020, se declaró abierto el proceso de sucesión intestada de la causante LILIA MARIA SOTO SALDAÑA, habiéndose reconocida como heredera a su hermana, NELLY SOTO SALDAÑA, al no existir otros herederos de mejor derecho. Igualmente se reconoció a la citada señora, como CECIONARIA DE DERECHOS HEREDITARIOS, de los señores ISABEL, DELFINA, LEOPOLDO, YOLANDA Y MERCEDES SOTO SALDAÑA, en calidad de hermanos de la causante, de conformidad con la Escritura Pública 1282 del 9 de julio de 2020, otorgada en la Notaria Quinta de Cali.

Posteriormente el señor CARLOS ARTURO VELASQUEZ, a través de apoderada judicial, solicita se le reconozca como heredero de mejor derecho, en su calidad de hermano del señor FREDDY DE JESUS FRANCO VELASQUEZ, quien fue excompañero de la causante, a efecto de lo cual aportó copia de la

Palacio de Justicia "Pedro Elías Serrano Abadía" Piso 8°
Teléfono 898 68 68 ext. 2112 – 2113 fax – Cali
J11fccali@cendoj.ramajudicial.gov.co

Escritura Pública No. 852 del 19 de marzo de 1998, suscrita en la Notaria Tercera del Círculo de Pereira, mediante la cual la causante otorgo testamento abierto, declarando como heredero Universal al señor FREDDY DE JESUS FRANCO VELASQUEZ, de quien se indica ejerció actos de señor y dueño, sobre el bien inmueble, identificado con matrícula No 370-157271, que conforma la masa herencial.

A la anterior solicitud, se le dio el trámite de incidente de conformidad a lo establecido en el numeral 4º del artículo 491 del C.G del P y se ordenó correr traslado del mismo a la contraparte, por el termino de tres (3) días (archivo 26 expediente digital).

Dentro del término de ley, la contraparte recorrió el traslado, conforme se avizora en el archivo 26 expediente digital, posteriormente mediante auto del 679 de 11 de mayo de 2021, se decretaron las pruebas pertinentes (archivo 28 expediente digital), las que fueron debidamente practicadas (ítem 34 expediente digital) y mediante auto 1655 se resolvió el incidente de heredero de mejor derecho (Archivo 46 expediente digital), siendo esta la providencia recurrida.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Arguye la recurrente que en el auto recurrido se incurrió en error, en cuanto a la fecha de la muerte del señor ALFREDO SOTO BEJARANO, padre de la causante LILIA MARIA SOTO SALDAÑA, la cual corresponde en realidad al 05 de octubre de 2000, es decir antes de la muerte de la causante y no como se afirmó en el precitado auto, en el que se indicó que el fallecimiento ocurrió el cinco de octubre de 2020, posterior a la muerte de la aludida.

No está de acuerdo en que los herederos del señor ALFREDO SOTO BEJARANO, estén legitimados para intervenir en el proceso de sucesión de la causante LILIA MARIA SOTO SALDAÑA, por cuanto considera que al fallecer el padre de la causante, antes que ésta, aquel no adquirió derecho herencial alguno, por tanto sus hijos no pueden heredar un derecho que nunca fue adquirido por su padre.

Cita el artículo 1274 del CC, aseverando que el referido artículo, establece que aunque el testador desconociese los derechos de algún legitimario, este se mantiene incólume, solo abre la posibilidad para el heredero reclamante de pedir su reforma, lo cual en este caso tampoco se da, puesto que no existe legitimario alguno, ya que el mismo falleció antes del testador.

Invoca el artículo 1013 del CC, en lo referente a que la herencia o legado se difiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente; o en el momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional (...)

Aduce que resulta indispensable que el heredero o legatario que transmite sus derechos (en el caso que nos ocupa Alfredo Soto) se halle con vida al momento de la muerte de su causante y que, en consecuencia, se haya deferido en los términos del artículo 1013 del Código Civil.

Afirma que en consideración a lo establecido en el artículo 1046 del código civil, que se refiere a la vocación hereditaria que señala: *si el difunto no deja posterioridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, sus padres adoptantes y su cónyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabezas*, norma que corrobora que las hermanas de la causante no tienen derecho a heredar a su hermana, por cuanto al momento de su fallecimiento su padre ya había fallecido.

Indica que respecto a lo indicado por el despacho de que no se acreditó por los medios legalmente permitidos que posterior la liquidación de la sociedad patrimonial entre la causante y el señor Fredy de Jesús Franco Velásquez, se hubiera constituido otra unión marital de hecho y la consecuente sociedad patrimonial, o que la pareja hubiese contraído matrimonio por lo que al momento del fallecimiento no tenía la calidad de compañero permanente, paso por alto el despacho que mediante sentencia No 653 del 21 de noviembre de 2001, se reconoció la existencia de la sociedad patrimonial, entre compañeros permanentes, FREDDY DE JESUS FRANCO VELASQUEZ y LILIA MARIA SOTO SALDAÑA, como consecuencia de la declaratoria de la unión marital de hecho entre los mismos, y que con la escritura 5663 de diciembre 21 de 2001 de la Notaria Tercera de Cali, solo se liquidó la sociedad patrimonial, conservando el señor Fredy de Jesús Franco Velásquez su calidad de compañero permanente.

Sostiene además que, con el escrito de incidente, se aportaron tres declaraciones extra juicio, donde manifiestan que los causantes LILIA MARIA SOTO SALDAÑA y FREDDY DE JESUS FRANCO VELASQUEZ, convivieron desde mayo de 1985 hasta el día del fallecimiento de la causante el siete de marzo de 2006.

Señala que igualmente dentro del certificado de tradición del inmueble que constituye el único activo, en la anotación 008 se inscribió la escritura 0874 del 04-04-2005 de la Notaria 18 de Cali, por medio del cual la causante constituye afectación a vivienda familiar a favor del señor Freddy de Jesús Franco Velásquez.

Concluye solicitando se reponga o revoque el auto No 1655 de 19 de octubre de 2021 y en su lugar conceda las pretensiones del incidente reconociendo al señor Carlos Arturo Velásquez como único heredero de mejor derecho de transmisión, dentro del presente trámite de sucesión intestada de la causante Lilia María Soto Saldaña en su calidad de hermano del señor Freddy de Jesús Franco Velásquez, en virtud del testamento otorgado por la causante mediante escritura pública No 852 del 19 de marzo de 1998. Así mismo solicita que se revoque la calidad de heredero en concurrencia de la señora Nelly Soto Saldaña y de quienes ésta represente en este proceso.

Palacio de Justicia "Pedro Elías Serrano Abadía" Piso 8°
Teléfono 898 68 68 ext. 2112 – 2113 fax – Cali
J11fccali@cendoj.ramajudicial.gov.co

DESCORRE TRASLADO RECURSO

El togado de la parte interesada, se pronuncia respecto al auto recurrido, afirmando que está probado que el 05 de octubre de 2000, es la fecha de fallecimiento del padre legítimo de la causante Lilia María Soto Saldaña, pero por esto no debe variar la decisión tomada.

Expresa que no es acertado el argumento del recurrente, puesto que está basado en glosa incompleta del artículo 1274 del Código Civil y expresa que debe tenerse en cuenta la fecha del testamento contenido en la escritura pública No 852 de marzo 1 de 1998 de la Notaria Tercera de Pereira, en la cual se ha probado que el señor Alfredo Soto Bejarano, si existía para este día y que es legitimario, en su calidad de ASCENDIENTE (Padre legítimo) de la testadora. Que por la ley vigente al tiempo del testamento, debía respetarse su legítima forzosa (Artículo 1226, 242 y 1275 ibidem), pues el testador no podía disponer libremente de la totalidad en favor de quien fuera su compañero sentimental.

Destaca que los herederos (hermanos legítimos) de LILIA MARIA SOTO SALDAÑA, jamás tuvieron conocimiento de su existencia y, solo ahora lo tienen, con ocasión al incidente del señor Carlos Arturo Velásquez, propuesto en el presente proceso, interviniente que en la declaración que rinde bajo juramento, en el incidente de igual forma manifiesta solo haber conocido a la muerte de su hermano FREDY DE JESUS VELASQUEZ, sucedida en mayo 20 de 2020 y destaca que no se sabe cuál es la razón por la cual la causante manifiesta no tener padres vivos, con ello, esconde u oculta que tiene como heredero forzoso a su señor padre, situación que en caja en el artículo 1276 del Código Civil, es decir que por ministerio de la ley, a pesar de haber sido ignorado en la memoria testamentaria, se erige como heredero en su legítima.

Cita como fundamento los artículos 1041 del C.C y 1043 ejusdem e indica que la libertad para testar no es absoluta, que no se puede pasar por alto las normas sustanciales que rigen para las sucesiones que en caso de pretermittirlas prevalecerá siempre lo dispuesto en la ley, más aún, cuando se trate de derechos sucesorales que tienen como fundamento origen constitucional, preservar los derechos de la familia (pariente). De ahí la razón de los artículos 1226 y 1275; cita el expediente 7032 de 23 de abril de 2002, magistrado ponente Dr. Manuel Ardila Velásquez y argumenta que no es necesario incoar la acción de reforma del testamento, tal como lo señala el juez de conocimiento por estar en curso la causa mortoria y haber acreditado el parentesco como heredero y el de los cesionarios con la señora Nelly Soto Saldaña, por ser todos descendientes (hijos) de Alfredo Soto Bejarano, para que sea tenida como heredera la causante LILIA MARIA SOTO SALDAÑA.

Indica que el fallecido FREDY DE JESUS FRANCO VELASQUEZ, no acreditó una segunda unión marital, que le asiste razón al despacho pues el medio legal para acreditarlo es una sentencia judicial, acta de conciliación o escritura que así lo consigne, como permite la ley, asevera que FREDY DE JESUS, no demostró que a marzo siete de 2006, fecha en que muere LILIA MARIA SOTO SALDAÑA, ellos hayan sido compañeros permanentes, de donde haya emergido una sociedad patrimonial, considerando además que las declaraciones Extra juicio no suplen los medios probatorios idóneos, enunciados en el auto materia de reparo.

En cuanto a la afectación de vivienda familiar, contenida en la escritura publica No 874 del 04/04/2005 de la Notaria 18 de Cali de marzo 7 de 2006, cesó de pleno derecho, con base en la ley 1258 de 1996 artículo 4 parágrafo 2 (Modificado por el artículo 2, ley 854 de 2003), por causal de fallecimiento de la señora Lilia María Soto Saldaña, tampoco sirve de prueba de la calidad de compañero permanente.

Por lo expuesto, pide no reponer para revocar, por el contrario, pide que se confirme el auto recurrido.

Rituado debidamente el recurso, es del caso entrar a decidir sobre lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Los recursos son una vía o medio consagrado en la ley procesal en desarrollo de los principios de impugnación y de la doble instancia, con el fin de prevenir o remediar los posibles errores en que haya podido incurrir el juzgado en una determinada actuación, que tiene como finalidad la revocación, corrección o adición de las decisiones judiciales así cuestionadas.

El recurso de reposición tiene por objeto que el Juez vuelva sobre su decisión y si es del caso, con base en los argumentos que se le de forma total o parcial. Es por ello que se le deben exponer al juzgador las razones por las que estima que su providencia esta errada a fin de que proceda a modificarla o revocarla.

Para que proceda su aplicación a una determinada providencia es necesario que el recurso haya sido interpuesto oportunamente, que quien lo interpone este legitimado para ello y que este se encuentre consagrado expresamente en el estatuto procesal civil. En el caso bajo estudio se cumple con dichos requisitos.

Descendiendo al caso, sea lo primero indicar que el inciso octavo del acápite denominado ANALISIS PROBATORIO del auto recurrido, se evidencia que efectivamente por error involuntario se señaló que la fecha de muerte del señor ALFREDO SOTO BEJARANO, padre de la causante, fue el 05 de octubre de 2020, cuando en realidad corresponde a 05 de octubre de 2000, como se avizora en el archivo 31 en el que reposa el certificado de defunción del

precitado, es decir que el mencionado falleció antes de la muerte de la *de cuius*

Ahora bien destaca el despacho que el hecho de que se modifique dicha fecha no es razón de peso para que se revoque la parte resolutive de la providencia confutada, toda vez que es indudable que para la fecha en que la causante LILIA MARIA SOTO SALDAÑA, otorgó el testamento mediante Escritura Publica No 852 de 19 de marzo de 1998, Notaria Tercera Pereira, su padre aún vivía y por ello reitera el despacho, existía un legitimario o heredero forzoso de la causante, de conformidad con lo consagrado en el artículo 1240 del Código Civil, a quien como se explicó en el auto recurrido no podía desconocer la causante, a menos que hubiera incluido una cláusula de desheredamiento, conforme lo dispone el artículo 1265 ibidem, lo cual no se observa en el aludido testamento. Reitera este estrado judicial, que en este caso no es procedente la acción de reforma del testamento, por cuanto dicha omisión encaja en la figura jurídica consagrada en el artículo 1276 del CC, por tanto el heredero tiene derecho a intervenir en el proceso de sucesión a reclamar su derecho.

En este momento es importante memorar, que el proceso de sucesión tiene por finalidad radicar en cabeza de los herederos del causante los bienes de propiedad de éste a través de la liquidación del patrimonio, proceso dentro del cual debe garantizarse la intervención de todos los herederos o legatarios, que por virtud de la ley, se encuentren facultados para heredar sus bienes, de conformidad con los órdenes hereditarios consagrados en el artículo 1040 del estatuto civil.

Por su parte el artículo 1041 del Código Civil, dispone que se puede suceder abintestato, ya sea de manera personal o por representación, en el primer caso en virtud del artículo 1040, se acude de manera directa como consecuencia del parentesco con el causante, el segundo caso se genera cuando una persona ocupa el lugar de uno de los herederos que no puede o no quiere acudir al proceso a reclamar de manera directa, ya sea porque ha fallecido, porque no desea recoger la herencia o porque por disposición legal ha quedado impedido para heredar, tal como sucede con el indigno y el desheredado.

Para que se presente la figura jurídica de la representación únicamente es necesario que quien acuda al proceso, en representación de un heredero, tenga grado de parentesco en línea directa descendiente con el representado, lo que de manera inmediata le permite asumir su posición en la sucesión, se trata de un derecho generado exclusivamente en la calidad de hijo del representado.

Sobre el tema la Corte Constitucional en sentencia C-1111 de octubre 24 de 2001, indico:

*"El derecho de representación es una institución de origen legal por medio de la cual determinadas 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. Los que suceden por representación suceden en todos los casos, por estirpes, es decir, tomando entre todos y por artes iguales la porción que le hubiere correspondido al padre o madre representado, sin importar el número de hijos que lo representan"* (subrayado fuera de texto)

De lo analizado se concluye que en este caso a la parte actora en su calidad de hija del padre de la causante (heredero forzoso) fallecido antes de la *de cuius*, le asiste el derecho de representación de su padre, en igual condición que sus hermanas, como un derecho de carácter autónomo asignado por disposición legal como sucesora de su padre, en consecuencia no hay lugar a revocar la decisión tomada, por el contrario se mantiene.

De otra parte, en cuanto indica la recurrente que al momento de la muerte de la causante, el señor Fredy de Jesús Franco Velásquez, aún tenía la calidad de compañero permanente de la misma, puesto que solo se liquidó la sociedad patrimonial a través de escritura pública 5.563 de diciembre 21 de 2001; como lo explicó en su momento el despacho, dicha situación no se acreditó mediante los medios de prueba legalmente permitidos, tal como sentencia judicial, acta de conciliación o escritura pública suscrita ante Notaria por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes(art 2º, Ley 979 de 2005) medios a través es viable reconocer la existencia de la unión marital de hecho y la consecuente sociedad patrimonial; en su momento se explicó que las declaraciones Extra juicio aportadas no son el medio probatorio idóneo para demostrar la existencia de la prenombrada unión marital de hecho, pues se reitera a pesar de que previamente a través de sentencia judicial emitida por el Juzgado 8º de Familia de Cali, se había declarado la existencia de la misma la sociedad conyugal, los efectos económicos de la misma ya se habían liquidado, por tanto esta funcionaria se mantiene en la posición jurídica asumida.

Así las cosas al encontrarse plenamente demostrado que para el momento en que la causante otorgó el testamento abierto, su padre aún vivía, y por ello tenía la calidad de legitimario o heredero forzoso, y en atención a que no se demostró que existiera una unión marital de hecho vigente entre la señora Lilia María Soto Saldaña y el señor Fredy Jesús Franco Velásquez, no es factible reconocer como único heredero de mejor derecho por transmisión al señor Carlos Arturo Velásquez, en calidad de hermano del señor Fredy Jesús Franco Velásquez, ni tampoco es viable revocar la calidad de heredera por representación en concurrencia de la señora Nelly Soto Saldaña, por lo discurrido no se revocará la decisión recurrida.

De otra parte y respecto al recurso subsidiario de apelación, interpuesto por la recurrente, por ser procedente, en atención a lo contemplado en el numeral 5 del artículo 321 del CGP, se concede el mismo en el efecto devolutivo.

DECISIÓN:

En virtud de lo expuesto el Juzgado Once de Familia de Cali administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

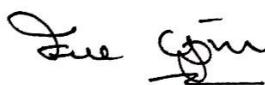
RESUELVE:

PRIMERO: NO REPONER para revocar, el auto No 1655 del 19 de octubre de 2021, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONCEDER el recurso de apelación, invocado de manera subsidiaria, conforme a lo contemplado en el numeral 5 del artículo 321 del CGP, se concede el mismo en el efecto devolutivo.

TERCERO: ADVERTIR al recurrente que dentro de los tres (3) días a la notificación del presente auto podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación (núm. 3º art 322 CGP).

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.



**FULVIA ESTHER GOMEZ LOPEZ
JUEZ ONCE DE FAMILIA DE ORALIDAD**

EYCA Publicado en estado electrónico 02 de 13/01/2022