

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado Ponente

SC13021-2017

Radicación n° 25286-31-84-001-2005-00238-01

(Aprobada en Sala de diecinueve de abril de dos mil diecisiete).

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por Martha Elena Gil Herrera frente a la sentencia de 19 de enero de 2012, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, dentro del proceso ordinario que promovió contra Andrea Liliana Londoño García, Sandra Clemencia, Lida Fernanda, Edgar Alejandro, Dumar Hernán, Darío Isaac García Casas, Virginia García de Quintana y los herederos indeterminados de Dilia Inés García de Nieto, todos en nombre propio y como herederos determinados de Hermencia García Segura; así como contra los indeterminados.

ANTECEDENTES

1.- La accionante radicó demanda que correspondió al Juzgado Promiscuo de Familia de Funza, en la que pidió declarar la nulidad absoluta de la partición adicional aprobada con sentencia de 2 de diciembre de 1997, dictada por el mismo estrado judicial en la sucesión de María Aurora García Segura.

Además, deprecó que se ordene la cancelación de la inscripción del acto en el folio de matrícula inmobiliaria n° 50N-20170535 y el pago de los perjuicios a ella ocasionados.

2.- Sustentó sus aspiraciones en los hechos que se compendian a continuación (folios 111 a 117, cuaderno 1):

2.1. En el juicio sucesorio de María Aurora García Segura fueron reconocidos como herederos sus hermanas Hermencia García Segura, Virginia García de Quintana y Dilia Inés García de Nieto; como sus sobrinos Andrea Liliana Londoño García en representación de Blanca Isabel García Segura; Sandra Clemencia, Lida Fernanda, Edgar Alejandro, Dumar Hernán y Darío Isaac García Casas en representación de Isaac Cayetano García Segura.

2.2. Una vez agotadas las etapas de rigor, tras quedar integrado el acervo hereditario con dos inmuebles, se corrió traslado de la partición la que, ante el silencio de los intervinientes, fue aprobada con sentencia de 7 de abril de

1997, cobrando ejecutoria y siendo registrada en las matrículas inmobiliarias.

2.3. En dicho acto de partición se adjudicó el fundo identificado con la matrícula n° 50N-20170535 a Hermencia García Segura, Virginia García de Quintana y Dilia Inés García de Nieto, mientras que el otro predio se asignó a los restantes herederos, como también a Virginia García de Quintana.

2.4. Las hermanas Hermencia García Segura, Virginia García de Quintana y Dilia Inés García de Nieto, vendieron previamente a Baudilio Valero Contreras los derechos hereditarios que les corresponde en tal sucesión, respecto del bien raíz distinguido con la matrícula n° 50N-20170535; este hizo lo propio a favor de Luis Eduardo Castro Galindo - actos que fueron inscritos-; por lo que una vez aprobada la partición todos ratificaron estos convenios con el otorgamiento de la escritura pública n° 405 del 19 de noviembre de 1997 de la Notaría Única de Cota, que registrada generó la consolidación del derecho de dominio a favor del último adquirente.

2.5. Luis Eduardo Castro Galindo vendió tal heredad a Martha Elena Gil Herrera y Pablo Virgilio González Romero, siendo estos dueños en común y proindiviso, según la tradición asentada.

2.6. A pesar de que el proceso liquidatorio estaba terminado, los herederos de María Aurora García Segura

solicitaron tramitar partición adicional, ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Funza; fundamentada en supuestas falencias contenidas en la distribución aprobada, no obstante, añadió la demandante, que la vía adecuada para ese reclamo era la objeción a la partición. Además, tal acto adicional no tenía como propósito adjudicar nuevos bienes de la causante aparecidos con posterioridad o que se hubieran dejado de distribuir estando inventariados, únicos eventos que posibilitan aquella según los artículos 616 y 620 del C. de P.C.

2.7. El despacho judicial dio curso a la solicitud, lo que generó la presentación de una nueva partición y ante el silencio de los interesados el juzgado procedió a aprobarla mediante sentencia de 2 de diciembre de 1997, según los interesados, incurriendo el despacho en causal de nulidad insaneable por revivir un proceso culminado (numeral 3° artículo 140 *idem*). Por otra parte, según la actora, desconoció que las acciones viables para modificar la partición aprobada con sentencia ejecutoriada son: la de lesión enorme y la de petición de herencia.

2.8. Por las razones anotadas señaló que es procedente la pretensión de nulidad absoluta, habida cuenta que el artículo 1742 del Código Civil consagra que puede ser alegada por todo el que tenga interés, como lo es el caso de Martha Elena Gil Herrera al ver disminuida la proporción en la que adquirió el fundo con matrícula inmobiliaria n° 50N-20170535.

2.9. Además, en su contra fue iniciado un juicio divisorio por los demás herederos de María Aurora García segura, lo que le ha impedido levantar la edificación que tenía proyectada.

2.10. Por último, indicó que Hermencia García Segura falleció el 12 de junio de 1998.

3.- Una vez vinculados al litigio los demandados guardaron silencio dentro del término concedido para su defensa.

El curador *ad litem* designado a los herederos indeterminados de Hermencia García Segura y Dilia Inés García de Nieto -esta última fallecida en el trámite- manifestó estarse a lo que se probara (folios 193 a 194).

4.- Agotado el rito pertinente, el *a-quo* accedió a las pretensiones de la demanda con sentencia de 16 de mayo de 2011 (folios 498 a 513, cuaderno 1).

5.- Apelada esa decisión por las demandadas Sandra Clemencia, Lida Fernanda García Casas y Andrea Liliana Londoño García, el *ad-quem* la revocó y en su lugar negó todo lo pedido, tras considerar lo siguiente (folios 21 a 30, cuaderno 4):

5.1. Preliminarmente reprochó que el juzgado de primera instancia no analizara la legitimación de la convocante para deprecar la nulidad de una partición

adicional, pues a pesar de que el mismo Tribunal negó la nulidad procesal invocada por Martha Elena Gil Herrera dentro del juicio sucesorio así como una acción de tutela, bajo la consideración de que la promotora tenía a su alcance un medio judicial idóneo de defensa como era solicitar la nulidad de la referida partición, esta afirmación no implicaba legitimarla para pedirla.

5.2. A continuación señaló que para estudiar tal legitimación por activa era necesario establecer cuál fue la nulidad solicitada, labor en desarrollo de la cual concluyó que se trató de un vicio procesal: revivir un proceso legalmente terminado.

Así las cosas, como lo pedido no fue la declaratoria de una nulidad sustancial sino adjetiva, la pretensión estaba condenada al fracaso.

5.3. Añadió que la grave irregularidad en que incurrió el juzgado, al aceptar la petición de algunos de los interesados dentro de la sucesión para hacer la partición suplementaria, no constituye la omisión de algún requisito o formalidad regulada en el artículo 1741 del Código Civil.

5.4. Por último refirió que, de cualquier manera, como la promotora no participó en la partición adicional impugnada, no tiene legitimación para suplicar su nulidad atendiendo la jurisprudencia sobre la materia (CSJ SC de 10 jul. 1945).

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene un reproche fundado en el numeral 1° del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil (folios 5 a 14, cuaderno de la Corte).

CARGO ÚNICO

1.- Aduce la violación directa por interpretación errada del artículo 1405 del Código Civil y por falta de aplicación de los preceptos 6, 16, 1740 a 1742 de la misma obra, 140 numeral 3°, 144 numeral 6° inciso 2°, 616 y 620 del Código de Procedimiento Civil.

2.- La recurrente inició censurando al Tribunal por aducir que ella carece de legitimación, toda vez que la jurisprudencia que citó en su fallo alude a la acción de rescisión de la partición, no a la de nulidad absoluta.

Citando precedentes refirió que ésta se configura cuando el acto atacado adolece de causa u objeto ilícito; omite algún requisito o formalidad que la ley prescribe para su validez en consideración a su naturaleza, puede ser pedida por quien tenga interés e incluso debe ser declarada de oficio, conforme a los cánones 1741 y 1742 del Código Civil.

Por contera, fue mal comprendido el artículo 1405 de la misma obra, porque su correcta lectura daba lugar a tener por fundado el interés de la convocante, al consagrar

que las particiones se anulan o rescinden por las mismas causas que los contratos.

3.- Agregó que aun cuando el *ad-quem* afirmó que se generó una grave irregularidad con la partición adicional, no dedujo consecuencia de ello ni la enmarcó dentro de las omisiones reguladas en los artículos 1741 y 1742 del Código Civil.

Tampoco tuvo en cuenta que es requisito sustancial de toda partición adicional la existencia de un bien de la causante omitido en la inicial distribución o que no se hubiere adjudicado alguno inventariado, al tenor de los artículos 616 y 620 del Código de Procedimiento Civil, presupuestos incumplidos en la sucesión de María Aurora García Segura.

También es necesario que se realice una nueva audiencia de inventarios y avalúos, de la que debe correrse traslado a los intervinientes, lo que tampoco se cumplió.

Por tanto, no fueron aplicados al *sub lite* los mentados preceptos legales, generándose la nulidad absoluta alegada, máxime cuando el objeto y la causa ilícita son insaneables.

4.- Adicionó que también fue inaplicado el numeral 3° del canon 140 del referido estatuto adjetivo, comoquiera que la partición impugnada implicó el renacimiento de un litigio culminado.

5.- Aseveró que también se vislumbra una causa ilícita en el proceder de los herederos de María Aurora García Segura, porque su deseo era evitar que Baudilio Valero Contreras consolidara el dominio sobre la totalidad del inmueble identificado con la matrícula n° 50N-20170535, pues sabían que él había comprado los derechos y acciones que les correspondían a Hermencia García Segura, Virginia García de Quintana y Dilia Inés García de Nieto en el juicio sucesorio, titularidad que afianzó con la aprobación e inscripción del primero trabajo partitivo.

Finalmente, reseñó que no fueron observados los artículos 6° y 16 del Código Civil, que consagran como motivo de nulidad sustancial la originada en la ejecución de actos contra expresa prohibición legal y que impide a los particulares derogar preceptos en los que está de por medio el orden público.

CONSIDERACIONES

1.- Preliminarmente es pertinente señalar que, no obstante estar vigente de manera íntegra el Código General del Proceso a partir del 1° de enero del año 2016, en el presente caso no resulta aplicable porque los artículos 624 y 625 numeral 5° establecieron que los recursos, entre otras actuaciones, deberán surtirse bajo *«las leyes vigentes cuando se interpusieron»*.

Y como la casación que ahora ocupa la atención de la Sala fue interpuesta estando en vigor el Código de

Procedimiento Civil, será este ordenamiento el que siga aplicándose, por el principio de la ultractividad de la vigencia de la ley en el tiempo.

2.- Se sigue, por tanto, al estudio del cargo coligiéndose su prosperidad; no por todas las alegaciones de la recurrente como pasa a verse.

2.1. En relación con la legitimación el artículo 1405 del Código Civil prescribe: *«las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos»*; el inciso final del citado canon consagra que *«(l)a rescisión por causa de lesión se concede al que ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota»*, así mismo tal ordenamiento regula que para impedir la rescisión *«(p)odrán los otros **partícipes** atajar la acción rescisoria de uno de ellos, ofreciéndole y asegurándole el suplemento de su porción en numerario»* (art. 1407); el precepto siguiente prohíbe *«intentar la acción de nulidad o rescisión (a)l **partícipe** que haya enajenado su porción en todo o parte, salvo que la partición haya adolecido de error, fuerza o dolo, de que le resulte perjuicio»* (art. 1408), y el 1410 posibilita que *«el **partícipe** que no quisiere o no pudiere intentar la acción de nulidad o rescisión, conservará los otros recursos legales que para ser indemnizado le correspondan.»* (Resaltado ajeno).

Si bien las normas aludidas se expresan en general sobre la nulidad, en punto de la legitimación habrá de analizarse a cuál de ellas se hace referencia.

La nulidad relativa de la partición sólo puede deprecarse por quienes intervinieron en ella como interesados directos (herederos, cónyuge supérstite, legatarios, acreedores adjudicatarios e incluso el albacea. Art. 1743 ibidem).

Pero cuando de la nulidad absoluta de dicho acto se trata están legitimados para implorarla no solo las partes, sino el Ministerio Público en interés de la moral y la ley, cualquier persona que vea afectado un derecho, e incluso debe ser declarada por el juez de instancia sin petición de parte (art. 1742).

Aludiendo específicamente a la nulidad absoluta de una partición tiene establecido la jurisprudencia de esta Corte, como se señaló el párrafos anteriores, que *«(e)l artículo citado (1405) dice que las particiones se anulan y se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos. Por consiguiente, si respecto de los contratos se da acción de nulidad a terceros interesados, también debe darse tal acción a esos terceros respecto de las particiones que les perjudiquen. Tampoco dice tal artículo que la acción de nulidad de la partición es un derecho reservado a los herederos.»* (CSJ SC de 3 may. 1928, GJ XXXV, pág. 269).

Claro está que el artículo 1377 del C.C. establece que: *«si un coasignatario vende o cede su cuota a un extraño, tendrá éste igual derecho que el vendedor o cedente para pedir la partición e intervenir en ella*» (subrayado fuera del texto).

De allí se desprende que los terceros adquirentes de un derecho herencial están facultados, expresamente, para deprecar la partición y, por contera, para intervenir en los actos que den lugar a la misma.

Por ese sendero debe concluirse, con la misma lógica, que si el ordenamiento jurídico concedió a tales terceros adquirentes esa potestad interventora, con igual razón tienen la posibilidad de impugnar la distribución inicial o la adicional, si a esta hubo lugar, al sentir que fueron afectados sus derechos.

Sobre ese interés, radicado en terceros, esta Colegiatura ha expuesto:

Las convenciones no tienen efecto sino entre las partes contratantes, suele indicarse. Desde luego que si el negocio jurídico es, según la metáfora jurídica más vigorosa que campea en el derecho privado, ley para sus autores (pacta sum servanda) queriéndose con ello significar que de ordinario son soberanos para dictar las reglas que los regirá, asimismo es natural que esa 'ley' no pueda ponerse en hombros de personas que no han manifestado su consentimiento en dicho contrato, si todo ello es así, repítese, al pronto se desgaja el corolario obvio de que los contratos no pueden ensanchar sus lindes para ir más allá de sus propios contornos, postulado que universalmente es reconocido con el aforismo romano res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest. (...) El principio de la relatividad del contrato significa entonces que a los extraños ni afecta ni perjudica; lo que es decir, el contrato no los toca, ni para bien ni para mal. (...) Ocurre, empero, que una conclusión así no puede ser sino el fruto de un criterio inspirado en términos absolutos, que, dicho al paso, a modo de gran paradoja, tiende a explicar lo relativo que son los contratos. Ciertamente que la autonomía de la voluntad continúa siendo uno de los soportes más salientes en la vida contractual de los individuos, pero ha tenido que resistir ciertos ajustes, todo lo más cuando de por medio hay un interés que trasciende la frontera de lo estrictamente privado, casos típicos del precio en el contrato de arrendamiento o en las ventas de mercaderías básicas de un conglomerado, y también cuando él resulta irrisorio o sumamente lesivo para uno de los

celebrantes; lo propio sucede con la teoría de la imprevisión, para no citar sino unos cuantos ejemplos. Hay que convenir entonces que no es ya el principio arrollador de otrora. A veces consiente que se le salga al paso, así y todo sea excepcionalmente. En definitiva, allí hay un mal entendimiento del principio de la relatividad de los contratos. Y todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual. (CSJ SC-195 de 2005, rad. n° 1999-00449-01, reiterada en SC16516 de 2015, rad. n° 2004-00080-01).

En la misma decisión la Sala concluyó lo siguiente:

Viénese, entonces, que sería inexacto pensar que lo que suceda por fuera de las lindes contractuales no interesa al Derecho. Ese no es el genuino alcance del principio res inter alios acta. En la periferia del contrato hay terceros, como se vio, que el incumplimiento del contrato los alcanza patrimonialmente, del mismo modo como en el hecho culposo de un tercero (...) A lo que parece acertado afirmar que es el de la relatividad de los contratos uno de los principios más ampliamente explicados por los estudiosos del Derecho, pero también es el que más fácilmente es distorsionado. Tratando de buscarle a esto una explicación, bien podría antojarse que todo empieza porque la frase sentenciosa con que suele identificarse el principio no termina por expresar de modo acabado el genuino sentido de tal fenomenología jurídica. A la verdad, decir a secas que el contrato no afecta a terceros, conlleva vaguedades. Sin necesidad de ir tan lejos dígase de entrada que todo contrato válido, como acaecer fáctico que es, impone el reconocimiento de su existencia por absolutamente todos; en este sentido, nadie podría desconocerlo, sin que quepa la idea, es cierto, de que sea un deudor propiamente dicho; asimismo podría sacarse provecho de esa existencia, sin que quien lo haga sea un acreedor literalmente hablando. No es estólido sostener desde ahí que el contrato es “oponible”. Y si contra esta abstracción, que de veras lo es, alguien se levantara y reclamara sin faltarle motivo para hacerlo, una explicación concreta sobre el particular, habría que recordar que no son pocos los casos en que los negocios jurídicos afectan o aprovechan a personas que no son sus celebrantes en sí. (...) Sin duda tiene mucho más interés poner de resalto cómo por fuera de la causahabencia es aún posible observar que un contrato irradia los efectos más allá de sus autores, como acontece, por evento, con los acreedores de las partes. La suerte

de ellos depende de la gestión patrimonial que haga el deudor. Si exitosa o ruinosa, cuánto mejor o peor. Se extrae de allí por modo incuestionable que el contrato sí afecta a ciertos terceros; a lo menos, indirectamente. En estrictez jurídica los únicos que escapan definitivamente de sus efectos, son los terceros que se denominan absolutos, es decir totalmente extraños, que, según la doctrina, reciben por ello mismo la denominación de penitus extranei. De donde se sigue que si con arreglo a este apotegma los contratos afectan a propios y extraños, inaplazable y de mayor importancia es puntualizar cómo ha de entenderse el rigor del principio de la relatividad de los contratos, así: las consecuencias directas del contrato, las soportan o usufructúan exclusivamente los contratantes; evidentemente, la condición de acreedor o de deudor sólo se concibe respecto de quienes consintieron en el vínculo jurídico. Pero las secuelas indirectas que de ello se derivan, las soportan o aprovechan ciertos terceros; por cierto, si alguien paga lo que debe por virtud de un negocio, ese pago puede beneficiar a los acreedores de quien lo recibe. Es apodíctico, así, que en el buen o mal suceso de los contratos hay mucha gente interesada. Bien fuera admitir la expresión de que en los contornos de los contratos revolotean intereses ajenos al mismo, los cuales no es posible rehusar o acallar no más que con el argumento de que terceros son.

Por ende, aplicando tal criterio al caso de autos, como se analizó, se colige que fueron mal interpretados los artículos 1742 y 1405 del Código Civil, comoquiera que de ellos se desprende la legitimación por activa de la impugnante.

Ciertamente, no cabe duda de que el Tribunal sí incurrió en el yerro endilgado en lo que atañe a la legitimación por activa que extrañó en la promotora, toda vez que alrededor de cada acuerdo de voluntades existen personas que pueden verse afectadas o beneficiadas, dando lugar a la clasificación de terceros con interés y sin él.

Efectivamente, la Sala concluye que en el *sub judice* la peticionaria sí posee interés para censurar la partición adicional realizada y aprobada en la sucesión de María

Aurora García Segura, habida cuenta que -como ella lo probó sin que ninguno de los convocados lo controversiara- una vez terminado ese juicio mediante la aprobación de la partición inicial, adquirió uno de los fondos que había sido materia de la liquidación, ambos actos debidamente inscritos.

Sin embargo, a los pocos días fue registrado un trabajo partitivo adicional en el que el mismo inmueble que la actora había adquirido, fue adjudicado parcialmente -no en su totalidad- a quien le enajenó, lo que implicó la disminución del derecho patrimonial que en ella yacía, en la misma proporción que lo fue el de su enajenante.

Tal situación evidencia, al rompe, que la última partición le originó el interés a la reclamante, no obstante su falta de intervención en el proceso de sucesión; es decir, la convirtió en una tercera con facultad para impugnar este acto partitivo sobrepuesto, lo que denota la legitimidad que extrañó el *ad-quem*, que incluso había sido aceptada por esa Corporación al resolver la acción de tutela inicialmente promovida contra la referida distribución.

2.2. Ahora bien, en relación con la primera causal de nulidad absoluta planteada en el pliego genitor del pleito, la Corte colige que el fallador de segunda instancia acertó porque no cabe duda que revivir un juicio terminado constituye motivo de invalidación procesal, no sustancial.

Lo anterior porque el numeral 3° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, actual numeral 3° del artículo 133 del Código General del Proceso, estipula que «*el proceso es nulo en todo o en parte, solamente (...) cuando el juez (...) revive un proceso legalmente concluido*».

Por ende, no erró el fallador cuando afirmó que esa alegación no se enmarcaba dentro de los motivos de nulidad absoluta regulados en el ordenamiento sustantivo, porque está previsto como vicio adjetivo.

Tal entendimiento no ofrece resistencia, es pacífico tanto doctrinal como jurisprudencialmente, de esto último ha dado cuenta la Corte al señalar que:

Con relación a la causal de nulidad procesal consagrada en el artículo 140 (num. 3°) del C. de P. C., modificado por el decreto 2282 de 1989, ha dicho repetida y uniformemente esta Sala, que cualquiera que constituya el motivo o irregularidad que al reseñado efecto pueda dar lugar, el mismo ha debido presentarse dentro de la actuación judicial donde se reclama la declaración de existencia del aludido vicio procesal y la imposición de las consecuencias a él inherentes.

Sobre el particular, sostuvo la Corte en oportunidad anterior, que según se infiere de la naturaleza y estructura de los motivos en que se sustenta la referida causal de nulidad, “sólo cabe considerar los vicios procesales que dimanen del mismo proceso o actuación procesal en curso para su configuración (...)” (CSJ SC063 de 2006, rad. n° 1997-10152-01).

En este orden de ideas no es de recibo la alegación contenida en el escrito iniciador del litigio y reiterada en el libelo casacional, según la cual se generó la nulidad absoluta de la partición adicional porque con ella se revivió

un proceso culminado, toda vez que, como lo consideró el Tribunal, este vicio no genera aquella sanción.

2.3. Sin embargo, ese no fue el único motivo que cimentó la invalidación deprecada, puesto que la accionante también afirmó que los eventos que dan viabilidad a la partición adicional en un proceso sucesorio sólo son la posterior aparición de un bien del causante o que se haya dejado de distribuir alguno inventariado, sin que ninguna de estas situaciones se configurara en la liquidación adicional de María Aurora García Segura.

Es decir, la promotora asimismo soportó su demanda en la carencia de objeto en la partición adicional de que se duele.

Está establecido en el ordenamiento jurídico interno que la sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio (art. 673, inciso 1º C.C.); en consecuencia, para que este pueda materializarse necesita el acto previo de la partición sucesoral, según las reglas del artículo 1394 ibídem.

Por otra parte, la partición sigue las reglas de los contratos (art. 1405 inciso 1º), lo que significa que debe cumplir los requisitos de estos para su existencia y validez, la ausencia de los primeros impide su formación, la de los segundos le da vida al acto aunque afectado de un vicio.

En el derecho romano la ineficacia de un negocio jurídico únicamente tenía dos vertientes: la *nulidad de pleno derecho* o la *anulación judicial*.

Pero desde el siglo XIX nació en un sector de la doctrina francesa la idea de la inexistencia del acto jurídico fundada en el incumplimiento de sus requisitos esenciales, distante de la nulidad que para ese entonces era unánimemente aceptada.

La teoría del acto o negocio inexistente, como una categoría opuesta a la nulidad es un tema que pertenece en plena propiedad a la doctrina francesa. (...) Es que en el derecho francés se dio una necesidad concreta y práctica: la imposibilidad de considerar más nulidades que las previstas en la ley. La aplicación de la regla pas de nullité sans texte, imponía buscar otras soluciones ante casos no previstos, pero que no podían validarse por ausencia de algún requisito. El remedio fue recurrir a la inexistencia de los actos.¹

Ciertamente, fueron varias las tesis del acto inexistente: la clásica «...que consideró que el acto inexistente es el que carece de algún elemento indispensable, tales como el consentimiento, el objeto, la causa, o bien tiene un defecto en su forma»; la tesis del negocio como un concepto lógico formal que «...visualizando al negocio jurídico en una concepción lógico formal, observan que la relevancia o irrelevancia jurídicas se encuentran unidas al supuesto de hecho que prevé la norma»; la «negatoria»² que repele su reconocimiento, entre otras.

En el mismo sentido lo expresó la doctrina patria, al señalar:

¹ Rubén H. Compagnucci De Caso, El negocio jurídico, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992, págs. 511 a 513.

² Ob. Cit. Págs. 514 y 515.

La noción de inexistencia se originó en la doctrina francesa del siglo pasado, cuando algunos autores, en especial Zachariae y Demolombe, idearon esa categoría a propósito de desconocer un principio que había sido tradicional en la legislación de Francia y que se expresaba diciendo que no hay nulidad sin texto que la consagre. Se observó que hay casos en que, a pesar de no poderse remitir a duda la falta absoluta de efectos jurídicos de un acto, la ley no consagra explícitamente la nulidad del mismo. Se dijo que en tales hipótesis el acto o contrato, como no existió en forma alguna, tampoco tiene necesidad de ser declarado nulo.³

La inexistencia como nota distintiva en el campo de la ineficacia de los actos jurídicos no ha sido pacífica en la doctrina extranjera y nacional, lo que se reflejó en el ordenamiento patrio comoquiera que en nuestra legislación civil no cuenta con una caracterización normativa, mientras que en materia mercantil sí⁴.

Sin embargo, en el campo civil ha sido objeto de estudio por vía jurisprudencial, al señalar inicialmente que la inexistencia de un contrato no es asimilable a la nulidad y que serán otras acciones las pertinentes para deshacer las prestaciones cumplidas por los contratantes:

Nuestra ley no hace la distinción, calificada por algunos autores de meramente académica, que otros hacen entre la nulidad absoluta y la inexistencia. Si dos personas han entendido, por ejemplo, celebrar la compraventa de un inmueble sin escritura pública, ese contrato no existe, y aquél erróneo concepto de haberlo celebrado no da asidero a una acción de nulidad, sencillamente porque no hay contrato que anular, a tiempo que los pasos que esas personas hayan dado, en su falsa creencia, determinan otras acciones, por lo cual no se halla necesario asignar a la inexistencia un puesto o entidad especial con el fin de revestir a los interesados de medios adecuados para la efectividad de los derechos que les asistan. (CSJ SC de 15

³ Simón Carrejo, Derecho Civil, Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 1972, Págs. 240 a 241.

⁴ Arts. 897 a 898, C. de Co.

mar. 1941, G.J. t. L, pág. 802).

Posteriormente, la Sala asimiló la acción de inexistencia con la de nulidad, tras iterar que nuestro ordenamiento no previó causa de invalidación del acto por aquél motivo:

Si la doctrina considera en abstracto el fenómeno de la inexistencia, es únicamente desde el punto de vista de la nulidad, como ha tenido la ocasión de precisarlo la Sala de Casación en fallos diferentes. Y es que efectivamente la expresión contrato inexistente es en sí misma contradictoria. Y lo es porque el concepto contrato enuncia la existencia de un ente, o una realidad jurídica creada, que puede ser viciosa pero en todo caso existente; es decir, enuncia una determinada relación con el atributo propio de los entes. En cambio, el calificativo inexistente, es la negación misma del ente; y una cosa no puede ser, y no ser, vale decir, no puede ser ente y no serlo al mismo tiempo. En rigor, prácticamente hablando, el problema en si cabe o no pensar en inexistencia, es del todo inoficioso puesto que, aun optando por la afirmativa, ello es que la ley no ofrece casilla especial para tal fenómeno ni le establece tratamiento singular y precisamente, por lo mismo, los casos de esa índole van a dar a la nulidad absoluta, que sí es fenómeno reconocido y reglamentado por la ley. Por tanto, piénsese sobre eso lo que se quiera, en lo judicial se les ha de colocar en el concepto de nulidad absoluta, lo que los deja en situación o calidad de cuestiones meramente metafísicas, sin trascendencia o sentido práctico, por interesantes que sean de suyo. (CSJ SC de 15. Sep. 1943, G.J. t. LVI, pág. 125, reiterada en SC de 19 jul. 1949, G.J. t. LXVI, pág. 351 y SC de 21 may. 1968, G.J. t. CXXIV, págs. 167 y 168).

Evocando esos anteriores fallos, recientemente la Corte recordó que ante la omisión legislativa aludida, esta Colegiatura la examina a manera de causa anulatoria, exponiendo que «... la Corporación de vieja data en distintos pronunciamientos ha concebido que la teoría de la inexistencia, cuyos diversos matices vienen expuestos, es una categoría jurídica desconocida en el interior del Código Civil, motivo por el cual tales aspectos los ausculta a la luz de la anulación, como así

puede verse en los fallos de 15 de septiembre de 1943 (G. J., t. LVI, pag. 123), 21 de mayo de 1968 (CXXIV, pag. 168), 15 de marzo de 1941 (L, pags.802-804), entre otros» (CSJ SC de 6 ago. 2010 rad. n° 2002-00189-01).

En consecuencia, según nuestra jurisprudencia en el cuerpo jurídico civilista, no está contemplada la categoría de la inexistencia en los actos jurídicos, sino el concepto de nulidad, por lo que será este el conducto a seguir.

Retomando el caso en estudio, la partición -como todo acto civil-, puede estar viciada de nulidad; por carecer de sus elementos esenciales como la voluntad, el objeto o una solemnidad *ad substantiam actus*.

Ocurre el primer fenómeno cuando el o los intervinientes no manifiestan su voluntad de crear, modificar o extinguir la relación negocial; el segundo se da en el evento de que no exista el bien o la cosa sobre el cual recae el pacto; y lo último se configura cuando el acto es solemne y se pretermite la forma prescrita en la ley para que tenga eficacia, como la falta de escrito en tratándose de una promesa de venta o el testamento abierto elaborado en documento privado.

Por ende, son elementos esenciales en la partición herencial: que tenga origen en el fallecimiento de una persona natural; que ésta haya dejado bienes; y por último que existan unos coasignatarios a quienes adjudicarles tales pertenencias.

Por lo tanto, la carencia de bienes en el acto partitivo produce inexorablemente la nulidad absoluta del referido contrato.

Ante el reclamo adicional de la peticionaria, el Tribunal argumentó que *«la grave irregularidad en que incurrió el juzgado al aceptar la petición de algunos de los interesados dentro de la sucesión, de que se rehiciera el trabajo partitivo»*, no constituye omisión de requisito o formalidad regulada en el artículo 1741 del Código Civil.

Incurrió, entonces, en nuevo error el funcionario colegiado, porque en concordancia con esa disposición y en concreto respecto de la partición adicional, el artículo 1406 de la misma obra enseña que *«(e)l haber omitido involuntariamente algunos objetos no será motivo para rescindir la partición. Aquélla en que se hubiere omitido, se continuará después, dividiéndolos entre los partícipes con arreglo a sus respectivos derechos»*.

Sistemáticamente con ese precepto los cánones 616 y 620 del Código de Procedimiento Civil regulaban los eventos en los cuáles era posible la distribución secundaria señalando el inciso primero de este precepto que *«(h)ay lugar a partición adicional, cuando después de terminado el proceso de sucesión aparezcan nuevos bienes del causante o de la sociedad conyugal, o cuando el partidor dejó de adjudicar bienes inventariados.»*

En consecuencia, una interpretación sistemática y finalista de los cánones reseñados pone al descubierto que es *elemento esencial* de la partición adicional la aparición de nuevos bienes del causante que, por ende, no fueron tenidos en cuenta en la distribución inicial o que se haya dejado de repartir alguno inventariado.

Se trata, entonces, de un requisito indispensable del acto demandado, porque sin este no hay lugar a partición adicional (art. 620 C.P.C.)

Por estas razones, el negocio acá impugnado no se aviene con el ordenamiento comoquiera que carecía de dicho elemento esencial, por lo que debe tenerse como nulo.

Para el caso en estudio, convalidar el acto demandado afecta gravemente el orden público porque en un juicio liquidatorio no pueden hacerse particiones adicionales respecto de los mismos bienes que fueron objeto de la primigenia asignación, como sucedió en la sucesión de María Aurora García Segura.

Proceder con tal descarrío implica la concesión del mismo derecho real y respecto de idéntico bien para distintas personas, dependiendo de la cantidad de particiones adicionales que fueran otorgadas, en desmedro de la legislación relativa al derecho de dominio y atentando contra los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada.

Asimismo, convalidar una partición adicional con esas anomalías va en detrimento de la finalidad con la que la ley concibió ese acto jurídico, pues no obstante que su propósito es el de adjudicar bienes distintos a los inicialmente repartidos, terminaría sirviendo para restarle eficacia a la sentencia aprobatoria de la partición primigenia en el juicio sucesorio.

Por contera, las disposiciones aludidas fueron erradamente interpretadas por el *ad-quem*, pues no obstante percatarse de la «grave irregularidad» que comportaba la partición adicional cuestionada, la menospreció al colegir que a la luz del ordenamiento sustancial no tenía repercusión alguna.

Esa hermenéutica, por ende, desconoció de forma directa el tenor literal, la finalidad y la armonía de las regulaciones contenidas en los artículos 1405, 1741 y 1742 del Código Civil, en concordancia con los artículos 616 y 620 del Código de Procedimiento Civil.

Efectivamente, la vulneración de preceptos sustanciales por la vía directa se da cuando el juzgador incurre en falsos juicios, bien sea porque no tuvo en cuenta los preceptos que gobernaban el caso, aplicó unos completamente ajenos o, a pesar de haber acertado en su selección, les dio un alcance que no tienen, que fue, precisamente, lo ocurrido en el *sub judice*.

Como en reiteradas oportunidades lo ha advertido la Corte, entre ellas, CSJ SC, 17 de nov. 2005, rad. 7567, reiterada CSJ SC, 15 de nov. 2012, rad. 2008-00322,

‘...Corresponde, por ende, a una causal de pleno derecho, encaminada a develar una lesión producida durante el proceso intelectual que realiza el fallador, por acción u omisión, en la labor de escogencia y exégesis de la regulación que considera aplicable, con un resultado ajeno al querer del legislador (...) En tal sentido ha precisado la Corte que la ‘violación directa de las normas sustanciales, que como motivo de casación contempla la causal primera del artículo 368 ibídem, acontece cuando el sentenciador, al margen de toda cuestión probatoria, deja de aplicar al caso controvertido la disposición sustancial a que debía someterse y, consecuentemente, hace actuar las que resultan extrañas al litigio, o cuando habiendo acertado en la disposición rectora del asunto, yerra en la interpretación que de ella hace...’

Por ende, la decisión del Tribunal cuestionada por esta vía extraordinaria vulneró el ordenamiento sustancial, al concluir que la partición adicional llevada a cabo en un juicio de sucesión no estaba afectada, no obstante que versó sobre los mismos bienes materia de la distribución primigenia.

En consecuencia, el cargo prospera.

Por consiguiente, la sentencia impugnada debe ser casada para, en su lugar y en sede de instancia, proferir la que deba reemplazarla.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1.- Los argumentos expuestos al resolver el cargo son suficientes para concluir que la acción incoada por la

demandante está llamada a prosperar, fundamentos que se dan por reproducidos en gracia de brevedad.

2.- Corresponde a la Corte, haciendo las veces de juez de segunda instancia, desatar los demás planteamientos del recurso de apelación radicado contra la sentencia de 16 de mayo de 2011 dictada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Funza, a lo que se sigue:

2.1. Inicialmente censuraron las apelantes que a la sucesión de María Aurora García Segura no fueran convocadas sus hermanas Beatriz Cecilia -fallecida con posterioridad a la causante- y Blanca Isabel García Segura, quien pereció antes, por lo que la representaba Andrea Liliana Londoño García.

Sin embargo, la Sala encuentra que ésta representante sí fue reconocida como heredera con auto de 10 de febrero de 1997 (folio 20, cuaderno 1), al punto que en la partición inicial practicada en el juicio sucesorio aludido recibió el 20% del predio distinguido con matrícula inmobiliaria n° 50N-52728 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Ahora, en relación con Beatriz Cecilia García Segura se destaca, de un lado, que en autos no obra prueba de su registro civil de nacimiento, tampoco de su defunción, menos del poder que ella en vida o sus herederos hubieran conferido para el ejercicio de su derecho a la defensa, de

donde se extrae que el memorialista carece del derecho de postulación en lo que atañe a dicha supuesta heredera.

De otro lado, este reproche esbozado en la alzada que se desata resulta ajeno a este juicio ordinario, pues de haber sucedido la pretermisión señalada no es en el presente pleito en donde debía exponerse.

2.2. Tampoco son de recibo los argumentos según los cuales hubo lesión enorme en contra de los menores que intervinieron en el juicio sucesorio, por la venta de derechos herenciales realizada por Hermencia García Segura, Virginia García de Quintana y Dilia Inés García de Nieto a favor de Baudilio Valero Contreras; y que *«se necesitaba discernimiento judicial para hacerlo en nombre de cuatro menores»*.

En efecto, la lesión enorme es un tema extraño a la nulidad absoluta demandada en este pleito, al punto que al alcance de las recurrentes estuvo iniciar la acción para obtener su declaratoria, previo cumplimiento de las exigencias de rigor, máxime cuando -contrariamente a lo alegado- ese negocio no tuvo por objeto los derechos herenciales de los infantes que intervinieron en representación de Isaac Cayetano García Segura.

Es que la enajenación de derechos aludida sólo tuvo como contratantes a Hermencia García Segura, Virginia García de Quintana y Dilia Inés García de Nieto en condición de vendedoras y a Baudilio Valero Contreras

como comprador, y únicamente recayó sobre los derechos que les correspondieran a ellas en la sucesión de María Aurora García Segura respecto del bien identificado con la matrícula n° 50N-20170535.

2.3. También se adujo en la alzada que la acción de nulidad absoluta caducó, porque cuando se radicó había transcurrido el lapso de 4 años previsto en el artículo 1750 del Código Civil.

Al respecto es indispensable señalar que ese precepto regula, en su inciso inicial, que *«(e)l plazo para pedir la rescisión durará cuatro años»*.

Como se desprende del aludido mandato, allí se previó el término de caducidad de la acción de rescisión, no el de la nulidad absoluta deprecada.

En consecuencia, el lapso aplicable sería el de prescripción plasmado en el artículo 2536 de la misma obra, esto es, veinte años, reducido a una década con la Ley 791 de 2002, pero como no fue propuesto oportunamente por los convocados mediante la correspondiente excepción perentoria, esa alegación debe ser desechada por la Corte.

De cualquier forma, es de resaltar que como la partición adicional fue inscrita el 2 de junio de 1998 en el folio de matrícula inmobiliaria n° 50N-2017053 (folios 13 a 14, cuaderno 2), la demanda quedó radicada el 15 de diciembre de 2004 (folio 117, cuaderno 1), fue admitida el

11 de agosto de 2005 (folios 127 a 128, *idem*) y este proveído se enteró a los enjuiciados los días 29, 30 de noviembre de 2005, 1° de octubre de 2006 y 5 de enero de 2007 (folios 137 a 195, *ejusdem*), no se consolidó ningún término prescriptivo.

2.4. Otro alegato de las recurrentes es que el *a-quo* rechazó por extemporáneo su escrito de excepciones previas.

Sin embargo, tales defensas no pueden tenerse en cuenta habida cuenta que se trata de un estadio procesal superado, sin que sea posible retrotraer el rito a través de la apelación incoada frente a la sentencia que dirimió la litis.

Efectivamente, el proveído de 9 de julio de 2007 (folio 68 a 73, cuaderno 3) por medio del cual fueron rechazadas esas defensas por el juzgado de primera instancia, se encuentra en firme, siendo ley para las partes del proceso.

2.5. Total, la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Funza de fecha 16 de mayo de 2011 debe ser confirmada; sin embargo se revocarán los numerales 3° y 4° de su parte resolutive porque en ellos condenó a los demandados al pago de los perjuicios pedidos por su contendora, en la cuantía determinada en la pericia practicada, y a la accionante en las costas del proceso.

2.5.1. La primera condena debe retirarse en razón a que los daños deprecados en el libelo genitor del pleito no fueron acreditados, porque la copia auténtica de la escritura pública n° 405 del 19 de noviembre de 1997 de la Notaría Única de Cota, a través de la cual la accionante adquirió con Pablo Virgilio González Romero el bien raíz distinguido con la matrícula n° 50N-20170535 (folios 84 a 88, cuaderno 1); así como el testimonio recibido a Carlos Julio Buitrago Garzón, dan cuenta de que ella tiene la posesión del fundo desde el momento de su adquisición.

Y comoquiera que la experticia practicada en autos tuvo como propósito establecer el valor del inmueble aludido, los gastos que ha generado su mantenimiento y el producido que han dejado los establecimientos de comercio que allí funcionan, a simple vista se denota que con base en esa prueba no puede tenerse por acreditado el daño deprecado en la demanda, pues ninguno de esos ítems constituye perjuicio para la promotora.

Todo lo contrario, ese medio de convicción lo que deja ver es la ganancia obtenida por ella, una vez deducidos los gastos en que ha incurrido.

Así las cosas, al valorar la pericia en los términos del artículo 241 del Código de Procedimiento Civil, esto es, partiendo de la firmeza, precisión y calidad de su fundamentos, se colige que carece de bases suficientes que den cuenta de los daños alegados por la gestora, lo que impone la desestimación de este reclamo.

Sobre el punto pertinente es recodar que la estimación de daños plasmada en una experticia no ata al juez, por cuanto es a este y no al auxiliar de la justicia al que corresponde decir el derecho. De allí que la Sala tenga por establecido que

Es verdad averiguada que para el reconocimiento de un perjuicio se requiere, además de ser cierto y, en línea de principio, directo, que esté plenamente acreditado, existiendo para ello libertad de medios probatorios, tales como la confesión, los documentos, los indicios, las declaraciones de terceros, las inspecciones judiciales, los dictámenes de peritos, que sirven también para demostrar la cuantía del daño, etc. (art. 175 C.P.C.).

Empero, corresponde al Juez, en desarrollo del principio de la sana crítica, de diáfana raigambre legal, apreciar tales pruebas en conjunto, incluyendo, como es lógico y en el evento de haber sido recaudados, los peritajes, en cuya valoración debe tenerse siempre presente la firmeza, precisión, calidad de los fundamentos, competencia de los peritos y demás elementos de convicción (arts. 187 y 241 C.P.C.), siéndole permitido acoger como fruto de dicho escrutinio intelectual sus conclusiones, bien de manera total, ora de forma parcial, pues “se tiene como asunto pacífico en la jurisprudencia que el juzgador no se encuentra imperativamente obligado a acatar el dictamen pericial, ya que el Código de Procedimiento no consagra una tarifa científica” (Sent. de 30 de noviembre de 1999, exp. 5361), sin perder de vista, además, que la concreción del lucro cesante - punto que interesa de manera particular a la censura -, “...queda a la determinación racional del juez, pues sólo los beneficios ciertos son los tutelados por el derecho, y ninguna reacción jurídica puede conectarse al daño que afecta a un interés incierto, ya que el derecho no puede considerar las fantasías e ilusiones de eventuales ventajas”, como lo preconiza con acierto el profesor italiano Adriano de Cupis, quien agrega que “Teniendo en cuenta las circunstancias y las actitudes del perjudicado, es como debe valorar el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado a su favor. Aunque debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable...” (CSJ SC 28 jun. 2000, rad. n° 5348).

2.5.2. En lo que atañe a la condena en costas, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 392 del Código

de Procedimiento Civil -que la establecía en contra de *«la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación»*- y dados los resultados de la actuación, correspondía su pago a los enjuiciados y no a la reclamante, como erradamente lo dispuso el juzgado de primera instancia.

2.6. Por lo mismo los demandados recurrentes pagarán las de segunda instancia a favor de su antagonista, mientras que las de primer grado serán a cargo de todos los convocados.

En virtud a la misma preceptiva se fijarán en esta providencia las agencias en derecho correspondientes a la alzada de conformidad con los lineamientos de los acuerdos 1887 y 2222 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, que las contempla en *«hasta cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes»*.

3.- Por lo expuesto, se casará la sentencia proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Cundinamarca y procederá la Corte, en sede de instancia, a confirmar los numerales 1° y 2° del fallo dictado por el *a quo*; revocará los numerales 3° y 4° para en su lugar negar el reconocimiento de perjuicios pedidos y condenar en costas de ambas instancias a los demandados.

4.- No hay lugar a condena en costas por la prosperidad del recurso, conforme lo reglado en el inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia de 19 de enero de 2012, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, dentro del proceso ordinario que promovió Martha Elena Gil Herrera contra Andrea Liliana Londoño García, Sandra Clemencia, Lida Fernanda, Edgar Alejandro, Dumar Hernán, Darío Isaac García Casas, Virginia García de Quintana y los herederos indeterminados de Dilia Inés García de Nieto, todos en nombre propio y como herederos determinados de Hermencia García Segura; así como contra sus indeterminados; y en sede de instancia **RESUELVE:**

Primero. Confirmar los numerales 1° y 2° de la parte resolutive del fallo de primera instancia de 16 de mayo de 2011, dictado por el Juzgado Promiscuo de Familia de Funza, en el presente proceso.

Segundo. Revocar los numerales 3° y 4° de esa misma decisión para, en su lugar, negar el reconocimiento de perjuicios pedido en la demanda.

Tercero. Condenar en las costas de primera instancia a todos los accionados, mientras que las de segunda instancia correrán a cargo de las demandadas recurrentes. Estas serán liquidadas por la Secretaría del Tribunal

incluyendo la suma de \$2'000.000 por concepto de agencias en derecho.

Cuarto. Sin costas en casación.

En su oportunidad, vuelva el proceso al despacho de origen.

Notifíquese y devuélvase.

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de la Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

Con ausencia justificada

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA