

## ALBACEA

(nulidad de su designación)

**Error de hecho. — Administración de bienes herenciales. — El artículo 595 del Código de Procedimiento Civil es norma sustancial.**

**Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, D. E., cinco de noviembre de mil novecientos setenta y tres.**

(Magistrado ponente: Doctor Humberto Murcia Ballén).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 27 de marzo del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso ordinario instaurado por **Hersilia Caldas de Tobón** y otras frente a **Nancy Piedrahita de Quijano** y otras.

### I

#### Antecedentes

1. Francisco José Caldas Idrobo, nacido en la población vallecaucana de Florida en mayo de 1876, contrajo matrimonio católico en la Iglesia Parroquial de esa misma ciudad el 11 de enero de 1908 con Josefina Antonia Piedrahita.

Dentro de esta unión los contrayentes procrearon los siguientes diez hijos: Hersilia, Hernando, Guillermo, Irma, Alicia, Darío, Mary, Mélida, Josefina y Doris, cuyos nacimientos ocurrieron respectivamente, el 26 de noviembre de 1908, el 19 de enero de 1910, abril de 1911, el 7 de abril de 1913, el 9 de junio de 1914, el 8 de julio de 1916, el 2 de diciembre de 1919, el 9 de febrero de 1924, el 9 de septiembre de 1930 y el 19 de diciembre de 1932.

2. Además de los anteriores, también son hijas de Caldas Idrobo, quien mediante es-

critura pública las reconoció como naturales suyas, María Francisca y María Alicia Caldas Arbeláez, procreadas por él con María de los Angeles Arbeláez Sarria.

3. Ante el Notario 4º de Cali Francisco José Caldas otorgó testamento cerrado el 3 de abril de 1968, cuyas disposiciones fundamentales son las siguientes:

a) Expresó que la mitad de su herencia, "una vez liquidada la sociedad conyugal", se distribuyera entre sus hijos legítimos y naturales "en la proporción que les corresponde de acuerdo con la ley";

b) Asignó la cuarta de mejoras, por iguales partes, a los hijos legítimos;

c) Dispuso que "el cincuenta por ciento de la cuarta de libre disposición" la adjudicaba, por iguales partes, a Carmen Nancy Piedrahita de Quijano y a María de los Angeles Arbeláez; y "el 50% restante, previa deducción de los gastos de mis funerales, lo asigno al albacea y al partidor, por iguales partes, para pagar sus correspondientes honorarios";

d) Mediante la cláusula undécima de su memoria, el testador designó como albacea, "con tenencia y administración de bienes, a mi sobrina Carmen Nancy Piedrahita de Quijano", expresando que ésta "ejercerá su cargo por todo el tiempo que dure mi juicio de sucesión o sean registradas las correspondientes hijuelas"; la exoneró del deber de prestar caución; y, finalmente, la facultó para delegar "en persona de su confianza alguna o algunas de sus funciones".

4. Ocurrido el 14 de junio de 1968 el óbito de Caldas Idrobo, a instancia de Nancy Piedrahita de Quijano el Juzgado Doce Ci-

vil Municipal de Cali practicó las diligencias pertinentes para la apertura y publicación del testamento, las que una vez rituadas se protocolizaron en la Notaria 2ª de dicha ciudad mediante el otorgamiento de la escritura pública número 3741 de 15 de julio de 1968.

## II

### El litigio

1. Mediante libelo de 10 de abril de 1969, repartido al entonces Juzgado Once Civil Municipal de Cali, actuando como partícipes en la sucesión de Francisco J. Caldas y pidiendo para ésta y para la sociedad conyugal formada por él, Josefa o Josefina Antonia Piedrahita viuda de Caldas, como cónyuge sobreviviente, y sus hijos Hersilia Caldas de Tobón, Alicia Caldas de Barney, Mary Caldas de Madriñán, Doris Caldas de Espinosa, Melida Caldas de Simmonds, Irma Caldas de Gómez, Guillermo, Darío, Hernando y Josefina Caldas Piedrahita demandaron a Nancy Piedrahita de Quijano, María de los Angeles Arbeláez, María Francisca y María Alicia Caldas Arbeláez y a Rodrigo Palau, a éste como cesionario de derechos herenciales, a fin de que previos los trámites del proceso ordinario de mayor cuantía se hiciesen los siguientes pronunciamientos:

a) Que es nulo el nombramiento de albacea con tenencia de bienes que Francisco José Caldas le hizo a Nancy Piedrahita de Quijano, y por lo mismo, nula la cláusula undécima del testamento otorgado por aquél el 3 de abril de 1968, "todo en razón de que no podía el causante designar albacea con tenencia de bienes para administrar bienes de los cuales en vida era titular, pero que a su fallecimiento pasaban a ser bienes comunes por haber sido adquiridos durante la existencia de la sociedad conyugal Caldas-Piedrahita", y

b) Que, consecuentemente, se condene a la demandada Piedrahita de Quijano a restituir a los herederos de Caldas Idrobo y a su cónyuge sobreviviente, los bienes que actualmente administra como albacea, "pues pertenecer ellos a la citada sociedad conyugal".

Y en subsidio de las anteriores, solicitan los demandantes que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

a) Que la demandada Nancy Piedrahita de Quijano no tiene facultad para administrar, como albacea designada por el causante, los bienes que integran el acervo de la sociedad conyugal formada por éste con Josefa Antonia Piedrahita, "por tratarse de bienes comunes no sujetos al régimen del albaceazgo con tenencia de bienes, sino al de una comunidad cuya administración no puede ejercerse legalmente por una persona designada por solo uno de los comuneros, sin el consentimiento del otro";

b) Que, consecuentemente, se disponga que el cargo de albacea con tenencia y administración de bienes contenido en el testamento del causante, "sólo puede operar después de hecha la liquidación y partición de la sociedad conyugal... y únicamente sobre los bienes que de esa comunidad corresponden al citado causante"; y

c) Que el honorario fijado por el testador para remunerar los servicios del albacea designado, se debe pagar en proporción al tiempo en que éste los preste "real y legalmente como tal, descontando, por lo mismo, para esa fijación, todo el tiempo que medie entre el fallecimiento del señor Caldas, o entre la fecha en que la albacea Nancy Piedrahita de Quijano asumió el cargo, y la fecha en que de nuevo empiece a ejercerlo real y legalmente".

2. Además de los hechos que fluyen de los antecedentes relatados, los demandantes invocaron como fundamento de sus pretensiones los siguientes:

Que inmediatamente después de sucedida la muerte del testador, Nancy Piedrahita "asumió de hecho la posesión y administración" de todos los bienes que figuraban en cabeza del causante, no sólo de los que correspondían a éste sino también de los que por gananciales pertenecen a la cónyuge sobreviviente; que amparada en la calidad de albacea, aquélla retiró de los bancos de Cali los dineros que en cuenta corriente suya tenía Francisco José Caldas, con los que abrió cuenta a nombre de ella "que maneja en forma autónoma"; que en esa condición viene recibiendo mensualmente de la sociedad "Ingenio La Industria Ltda.", por concepto de renta del

arrendamiento de un predio de propiedad del causante, más de cien bultos de azúcar; y que el automóvil de reciente modelo que éste dedicaba para su uso personal lo ha empleado la albacea para su exclusivo servicio familiar, "negándose a guardarlo a pretexto de que lo necesita para atender la administración de los bienes de la sucesión".

3. En sus contestaciones al libelo incoativo del proceso las demandadas, luego de reconocer como ciertos los primeros seis hechos descritos en la demanda, referentes a las disposiciones testamentarias y a la muerte del testador, expresaron que los demás son impertinentes para la nulidad pedida, puesto que, dijeron, no pueden "invocarse como causales de nulidad del nombramiento de albacea hecho por el causante, hechos posteriores a la designación de albacea y al fallecimiento del testador".

Y después de oponerse expresamente a todas las peticiones formuladas por los demandantes, propusieron las excepciones que denominaron "ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandante", e "improcedencia de la acción o inepta demanda".

4. Surtido el trámite de la primera instancia del proceso el juzgado del conocimiento, que a la sazón lo era el Once Civil del Circuito de Cali, le puso fin con sentencia de 6 de septiembre de 1971, mediante la cual dispuso:

"**Primero.** Declárase que el nombramiento de albacea, hecho por el causante señor Francisco J. Caldas Idrobo en su testamento de fecha 30 de abril de 1968, otorgado ante el señor Notario Cuarto (4º) del Circuito de Cali, es nulo en cuanto con él se excluye de la administración de los bienes de la sociedad conyugal Caldas-Piedrahita a la cónyuge sobreviviente señora **Josefa A. Piedrahita de Caldas**, al confiar tal administración exclusivamente a la albacea con tenencia de bienes allí designada, señora **Nancy Piedrahita de Quijano**.

"Consecuencialmente, declárase que los bienes de esa sociedad conyugal, que actualmente administra la albacea señora **Nancy Piedrahita de Quijano**, debe entregarlos dicha señora a las personas en manos de quienes se encontraron tales bienes cuando la señora Piedrahita de Quijano asumió la

tenencia y administración de los mismos, entrega que hará dentro de los ocho días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a fin de confiarlos luego a un secuestro si así lo solicita en tiempo oportuno la albacea o la cónyuge sobreviviente, ya nombradas.

"**Segundo.** Declárase que el honorario que por sus servicios como Albacea con tenencia de bienes debe pagarse a la señora **Nancy Piedrahita de Quijano**, se fijará por el funcionario competente sin sujeción a la cuantía o porcentaje asignado por el causante señor **Francisco J. Caldas**, en su testamento. A tal efecto, se tendrán en cuenta sólo los servicios real y legalmente prestados por ella, descontándose así el tiempo en que, de hecho, asumió dicha señora esa administración.

"**Tercero.** Con costas a cargo de la parte demandada".

5. Como efecto de la apelación interpuesta por la demandada **Nancy Piedrahita de Quijano** el proceso subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el que, por sentencia de 27 de marzo del presente año, revocó el fallo apelado y en su lugar denegó todas las peticiones de la demanda.

### III

#### Motivación de la sentencia impugnada

1. Después de relatar los antecedentes del litigio y el desarrollo del trámite del proceso, capítulo en el cual advierte que durante el término probatorio de éste "se practicaron las que se ven de los cuadernos 2º y 3º", emprende el Tribunal las consideraciones de su sentencia.

Al efecto, luego de determinar las razones en que el a quo fundó su resolución anulatoria del nombramiento de albacea contenido en la cláusula once del testamento de **Francisco José Caldas**, reducidas en suma a que la designación fue hecha por uno de los socios para administrar bienes de la sociedad conyugal, asevera el ad quem, primeramente, que "por ninguna parte en el testamento aparece nombramiento de albacea para que administre la totalidad del patrimonio socio-conyugal". En apoyo de su aserto el Tribunal transcribe la correspondiente cláusula testamentaria-

ria y dice que en ella se empleó, "en cuanto a nombramiento de albacea, la fórmula de siempre, perfectamente clara, lógica y ajustada a la ley".

Aludiendo al contenido de dicha cláusula, expresa el *ad quem* que "no se ve, pues, de dónde saca el juzgado que aquél (alude al nombramiento) se hizo con una extensión más allá de lo legal cuando el testador se reduce a decir que designa su albacea, y fuera de asignarle tenencia de bienes que bien lo podía hacer, ni siquiera le especifica sus funciones, que consiguientemente han de ser las estrictamente legales. Y si su conclusión de nulidad —añade— la deduce no de la extensión que le diese el testador, sino de la que 'se le ha venido dando', pues simplemente está tratándose las cosas, igual que si se debiera declarar nulo un contrato cada vez que es mal interpretado o cada vez que es violado por uno de los contratantes".

2. Refiriéndose a la administración de los bienes de una sociedad conyugal disuelta, afirma el sentenciador de segundo grado que ella corresponde "a los dos comuneros, de un lado al cónyuge sobreviviente, y de otro al causante representado por los herederos o preferentemente, para estos efectos, por el albacea con tenencia de bienes"; y que, en caso de desacuerdo entre los interesados, debe hacerse por intermedio de un "administrador común o de un secuestre, cuyos nombramientos prevé la ley".

Observa a renglón seguido el Tribunal que el problema surgido en el presente caso por la administración de los bienes de la sociedad conyugal Caldas-Piedrahita, disuelta por la muerte del cónyuge, encuentra ahora adecuada solución en la preceptiva contenida en el artículo 595 del Código de Procedimiento Civil, la cual transcribe en su sentencia, afirmando que si bien este texto es nuevo como norma legal, mediante ella el legislador no hizo otra cosa que "recoger la jurisprudencia y la doctrina vigentes ya entonces" sobre el punto.

3. Conclusión de estas consideraciones es, para el Tribunal, la de que "no hay base para hacer las declaraciones principales pedidas; ni tampoco las subsidiarias".

Y en punto del cambio en la fijación de

honorarios del albacea que decretó el sentenciador a quo, afirma el Tribunal que esa resolución es ilegal por contrariar el texto del artículo 1359 del Código Civil, el cual preceptúa que "la remuneración del albacea será la que le haya señalado el testador"; y que para el caso presente éste dispuso en su memoria que su albacea llevaría, como remuneración, el 25% de la cuarta de libre disposición.

#### IV

#### La demanda de casación y consideraciones de la Corte

Contra la sentencia antes extractada interpuso casación la parte demandante. En la demanda respectiva le formula dos cargos, ambos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, y que la Corte procede a examinar en el orden en que aparecen propuestos.

#### Cargo primero

1. Mediante éste se denuncia el quebranto indirecto, por falta de aplicación, de los artículos 2322, 1494, 2323, 2107, 2087, 1774, 1820, 1781, 1836, 1353, 1740, 1741, 1502, 1508, 1524, 1517, 1530, 575, 1532, 1537, 1538, 1539, 1540, 1541, 1542 y 1550 del Código Civil; 510, 511 del anterior Código de Comercio y 310 del actual; y los textos 8º, 34, 38 de la Ley 153 de 1887, 16 y 17 de la 95 de 1890, como consecuencia del error de hecho en que habría incurrido el Tribunal en la apreciación de las pruebas.

2. Concretando el yerro fáctico que denuncia, dice el recurrente que en él incurrió el Tribunal por dos razones: primeramente, por no haber visto, y por ende por no haber apreciado en su sentencia, las copias de la diligencia de inventarios y avales producida en el proceso sucesorio de Caldas Idrobo, "de donde aparece que todos los bienes de dicha sucesión son sociales y que la denuncia de ellos fue hecha por la propia albacea"; la del auto por medio del cual se reconoció a Josefa Antonia Piedrahita de Caldas como interesada en la

sucesión, quien en su condición de cónyuge sobreviviente optó por gananciales; la del acta de posesión de la albacea; la de los autos de reconocimiento de herederos; y las partidas de matrimonio y defunción del causante. Y segundamente, por errónea apreciación de la cláusula del testamento de Francisco J. Caldas, mediante la cual éste designó albacea con tenencia de bienes.

En desenvolvimiento de la censura, asevera el recurrente que si el sentenciador hubiera tenido en cuenta las pruebas primeramente referidas "habría concluido que el causante, al designar albacea con tenencia de bienes, siendo sociales todos los bienes relictos, era para que administrara éstos, y no otros que no existían, o sea 'la totalidad del patrimonio socio-conyugal', por donde habría visto que la extensión del encargo la dio el causante y nadie más que él".

3. Pasa en seguida el acusador a puntualizar las violaciones de la ley sustancial que denuncia en el planteamiento del cargo.

En esta tarea, comienza por extractar el contenido de los artículos 1774, 1781, 1820, 2107, 2322, 2323 del Código Civil; 510 y 511 del Código de Comercio anterior y 310 del actual, en cuanto dichas normas aluden a la constitución de la sociedad conyugal, la integración y administración de este patrimonio común, para afirmar luego que se trata de disposiciones que, "unas directamente y otras por analogía, debían aplicarse al caso de autos por disposición expresa, esto último, del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que también se violó al dejarse de aplicar".

Continuando en esta labor, el impugnante alude extensamente al contenido de los artículos 1353 y 1836 del Código Civil, normas que también considera infringidas por inaplicación, preguntándose que "si el albacea no representa al causante ni a los herederos, de dónde se saca que antes de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil y aun después de su vigencia, el albacea con tenencia de bienes representa al causante para efectos de la administración de bienes socio-conyugales?" Y ensayando una respuesta a su interrogante, dice al punto que "antes de la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Civil no

podía el causante nombrar albacea con tenencia de bienes que habrían de ser bienes sociales, porque no estaba previsto que el albacea pudiera en tal caso administrar todos los bienes de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, como tampoco que en representación de los herederos, que son los que tienen la posesión legal de los bienes de la sucesión desde que ella se defiere, pudiera tal albacea administrar aquellos bienes junto con el cónyuge sobreviviente".

De lo cual concluye que Caldas Idrobo "no nombró, pues, un coadministrador de bienes, sino un administrador de todos los bienes de que era titular en vida y que pasaron a ser, a su fallecimiento, bienes sociales. Ese cargo no podía ejercerlo el albacea, y ni siquiera con la nueva modalidad creada con el artículo 595 del Código de Procedimiento Civil podría desempeñarlo, junto con el cónyuge sobreviviente, sobre derechos que el causante hubiera tenido en otras sociedades, puesto que la representación que se le dio por la nueva creación legal al albacea, fue sólo respecto a la administración de los bienes de la sociedad conyugal, que no estuvieran en indivisión con otras personas o fueran derechos o acciones en otras sociedades".

4. Con cita de los artículos 1502, 1517 y 1524 del Código Civil, dice el recurrente que al designar Caldas Idrobo albacea con tenencia de bienes, "suyos cuando testó y sociales a su fallecimiento, estaba celebrando un acto que carecía de causa y de objeto ya que esos bienes serían sociales, y así la albacea no podría administrarlos, no podría asumir la tenencia de ellos"; que, de otra parte, según el artículo 1508 *ibidem*, dicho nombramiento fue el producto del error que padeció el testador al hacerlo, "no sólo sobre el objeto del acto sino también sobre la existencia de la causa"; y que si el Tribunal hubiera acatado todos estos preceptos habría llegado, como consecuencia, a aplicar los artículos 1740 y 1741 de la misma obra declarando la nulidad solicitada.

En seguida el censor se refiere a los artículos 1530, 1532, 1537, 1538, 1539, 1540, 1541, 1542 y 1550 del Código Civil.

Y después de extractar el contenido de estas normas regulativas de las obligaciones condicionales, asevera que "de las razones ya expuestas se evidencia que era una

condición positiva-suspensiva, potestativa, tácita y necesaria para la vigencia jurídica de la especie de mandato que el causante le confería a Nancy Piedrahita de Quijano al designarla albacea con tenencia de bienes, que ella aceptara el cargo y lo ejerciera en la integridad de su objeto, o sea que administrara todos los bienes relictos. Y como de esta manera no podía ejercerlo por las razones ya vistas, la imposibilidad jurídica de hacerlo era entonces el acontecimiento futuro-administración total que no podía suceder", por lo que, remata el impugnador, se trata de una condición jurídica y físicamente imposible.

5. Finalizando la formulación del cargo, dice el impugnador que "es indudable que el causante, al nombrar a Nancy Piedrahita de Quijano albacea con tenencia de bienes, entendió que ella administraría todos los bienes de que él era titular, y que pasaron luego a ser bienes sociales. Ni siquiera—agrega la censura—, fácil es colegirlo, puede decirse que pensó que esos bienes los administraría dicha señora, de consuno con el cónyuge sobreviviente, y es también exacto que la propia albacea entendió y ha entendido, como lo más racional para ella, como para el testador, que ella administraría como albacea todos aquellos bienes".

#### Se considera

1. Exhaustivamente lo tiene dicho la jurisprudencia de la Corte que la impugnación por error de hecho tiene que concretarse a establecer que el sentenciador ha supuesto una prueba que no obra en los autos o ha ignorado la presencia de la que sí está en ellos, hipótesis éstas que comprenden la desfiguración del medio probatorio, bien sea por adición de su contenido (suposición), o por cercenamiento del mismo (preterición); y que es preciso que la conclusión sobre la cuestión de hecho a que llegó el Tribunal por causa de dicho yerro en la apreciación probatoria sea contraevidente, esto es, contraria a la realidad fáctica establecida por la prueba.

Y como para que este error tenga trascendencia en casación se requiere que sea la determinante de tomar en el fallo decisiones contrarias a la legal, se impone afirmar que no es posible sustentar ataque a

la sentencia con fundamento en error de hecho en la apreciación de los medios de prueba, cuando el fallador parte de la base de la presencia de ellos en el proceso, pero no los estima por considerarlos inconducentes o ineficaces.

2. No es exacto que el Tribunal no hubiera visto la copia de la diligencia de inventarios y avalúos del proceso sucesorio de Caldas Idrobo; ni la de los autos de reconocimiento de interesados en él; ni el acta de posesión del albacea; ni las correspondientes al matrimonio y defunción del causante. Al contrario de lo que afirma el recurrente, en la primera parte de su providencia el sentenciador advierte que en el proceso, en cuanto a pruebas "se practicaron las que se ven de los cuadernos 2º y 3º", que es en donde reposan las que el censor considera no apreciadas; además el razonamiento del ad quem, para arribar a la conclusión a que llega, parte del hecho de que no puede deducirse la nulidad del nombramiento de albacea "de la extensión que se le ha venido dando", porque, dice, ello equivaldría a que "se debiera declarar nulo un contrato cada vez que es mal interpretado o cada vez que es violado por uno de los contratantes".

No es, pues, que el sentenciador hubiera dejado de ver en su integridad los medios probatorios, cuyo olvido le imputa la censura; sino que esos medios, tal como obran en el proceso, no le demostraban, por referirse a hechos posteriores a la muerte del causante, vicio de nulidad en la cláusula del testamento, referente al nombramiento de albacea.

Y como, según lo ha dicho también la doctrina de la Corte, no se presume el desconocimiento de una prueba por el sentenciador, cuando sus conclusiones no pugnan con el tratamiento o estimación que a las mismas ha debido darse, en el presente caso no puede imputarse al Tribunal desconocimiento de las pruebas referidas, puesto que ellas, dados los hechos que tienden a demostrar, no podían tomarse por el juzgador para deducir invalidez del nombramiento del albacea.

3. Analizando la cláusula undécima del testamento, según la cual Caldas Idrobo designó como su albacea "con tenencia y administración de bienes, a mi sobrina Nan-

cy Piedrahita de Quijano", dijo el sentenciador que "por ninguna parte en el testamento aparece nombramiento de albacea para que administre la totalidad del patrimonio socio-conyugal"; y agregó, refiriéndose a dicha disposición, que mediante ella el testador empleó "la fórmula de siempre, perfectamente clara, lógica y ajustada a la ley".

La Corte, al examinar el contexto de la cláusula a que se ha hecho mérito y cotejarlo con las deducciones que al respecto sacó el Tribunal, no encuentra que éste le haya hecho decir a la disposición testamentaria lo que ella no expresa, o que haya ignorado lo que la misma afirma, ni muchísimo menos que sea arbitraria la conclusión a que llegó el *ad quem* al interpretarla.

Para que el Tribunal, en la interpretación que dio a la referida cláusula, hubiera incurrido en el error de hecho evidente que le endilga la censura, habría sido indispensable que en ella apareciera consignada expresamente la disposición del testador en el sentido de que el albacea nombrado tuviera la administración de los bienes suyos y la exclusiva de los que formaban la sociedad conyugal. Pero como tal estipulación expresa no aparece en ninguna de las frases que forman el texto de dicha cláusula, ni en otra alguna de la memoria testamentaria, se impone aceptar que la conclusión a que llegó el sentenciador en la determinación de su alcance, no es contraria a la objetividad que el testamento demuestra.

4. No encuentra pues la Corte, en parte alguna, los errores de hecho que el recurrente le atribuye al Tribunal en la apreciación de las pruebas aducidas al proceso; y en esa virtud no hay base para estudiar si las normas de derecho sustancial a que el censor se refiere como infringidas por inaplicación, como consecuencia de los yerros fácticos alegados, fueron violadas o no por el sentenciador.

El cargo es, pues, infundado.

### Cargo segundo

1. En éste se acusa la sentencia del Tribunal de ser directamente violatoria, por falta de aplicación, de los artículos 575, 1335, 1352, 1359, 1367, 1540, 1541, 1542 y 1836 del Código Civil; 595, 598 y 599 del

Código de Procedimiento Civil; 4º, 5º, 8º, 26 y 38 de la Ley 153 de 1887.

2. Para desarrollar esta censura, el casacionista transcribe, en primer lugar, el aparte de la sentencia en el cual el *ad quem* alude al procedimiento que para administrar la herencia consagra el artículo 595 del actual Código de Procedimiento Civil. Refiriéndose a dicho precepto, afirma el censor que él, "de convalidar situaciones como la que se discute en este negocio, sería aplicable al resolver la petición subsidiaria, en donde, precisamente, pedí que se declare que la albacea con tenencia de bienes, no tiene facultad legal para administrar (por sí sola) en esa calidad, los bienes de la sociedad conyugal a que he hecho mérito".

Añade que el sentenciador estaba obligado "a acomodar la solicitud subsidiaria de la demanda" a la preceptiva contenida en la anterior disposición, puesto que ella, que no se había promulgado cuando se inició el presente proceso, prevé la administración dual de los bienes de la sociedad conyugal, entre albacea con tenencia de bienes y cónyuge sobreviviente, "el hecho nuevo de la existencia del artículo 595" debió tenerse en cuenta de oficio por el Tribunal.

3. Refiriéndose al artículo 1335 del Código Civil, según el cual la dimisión del cargo de albacea, con causa legítima, lo priva sólo de una parte proporcionada de la asignación que se le haya hecho en recompensa del servicio, dice el censor que armonizando este precepto con el 595 del Código de Procedimiento Civil, dan base para reducir los honorarios del albacea.

Añade que el sentenciador debió aplicar en este caso aquella norma, "por analogía, pues eso previene el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que también violó por falta de aplicación y el artículo 4º de la misma ley, que violó por el mismo motivo, y que ordena aplicar los principios de derecho natural; y es bien claro que del artículo 1335 se desprende el principio atinente a que no es lícito el enriquecimiento sin causa".

Con cita de los artículos 575 y 1352 *ibidem*, normas que el censor también estima infringidas por inaplicación, dice que el albacea es un curador; que, por consiguiente, en el supuesto de que el artículo 595 antecitado convalidara el cargo conferido a Nancy Piedrahita de Quijano, su remuneración

"no podrá ser en ningún caso en la cuantía señalada por el testador sino la que, proporcionada a su gestión le corresponda. Es de elemental equidad que si la albacea es asesorada por un coadministrador (el cónyuge sobreviviente); si comparte con otra persona esa administración o es reemplazada por un secuestre, a quien también se le deberá remunerar por sus servicios, no debe pagársele la totalidad de la asignación que en casos como el presente le haya fijado el testador, sino una cantidad proporcionada a su gestión".

4. Continuando el desenvolvimiento del cargo, estima el impugnador, y así lo expresa, que como en este caso no se causó la totalidad del honorario asignado por el testador al albacea, en razón a que éste fue designado para administrar bienes que no son de la herencia, "ello equivale a falta de señalamiento de esa remuneración, y era aplicable entonces pero no se aplicó el inciso segundo del mismo artículo 1359, según el cual cuando el testador no hubiere señalado remuneración, corresponde al juez regularla "tomando en consideración el caudal y lo más o menos laborioso del cargo".

Rematando la formulación de esta censura, expresa el recurrente que ha debido aplicarse para decidir la petición correspondiente el artículo 599 del Código de Procedimiento Civil, según el cual cuando el testador no hubiere señalado los honorarios del albacea, "el juez ante quien se rindan las cuentas, los regulará en la providencia que las apruebe", puesto que el "no poder recibir el albacea todo el honorario asignado, es igual, desde el punto de vista práctico y de los principios, a que no se le hubiese hecho esa asignación y se debe entonces regular tal honorario".

#### Se considera

1. Siguiendo los lineamientos generales del Código Civil y la doctrina jurisprudencial en el punto, el legislador colombiano de 1970, mediante el artículo 595 del Código de Procedimiento Civil hoy vigente, reglamentó la administración de los bienes herenciales y de los de la sociedad conyugal, desde la apertura del proceso de sucesión, hasta cuando se ejecutorie la sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación.

Las reglas que al respecto contiene dicho precepto son las siguientes:

a) La administración de los bienes hereditarios corresponde al albacea con tenencia de bienes, que haya aceptado el cargo; b) Existiendo sociedad conyugal disuelta e ilíquida, el albacea con tenencia de bienes, conjuntamente con el cónyuge sobreviviente, tiene la administración de los que integren la sociedad conyugal; c) A falta de tal albacea, la administración corresponde a todos los herederos, junto con el cónyuge si la sociedad conyugal está ilíquida; d) En caso de discordia entre el cónyuge y el albacea sobre la administración de los bienes sociales, cualquiera de ellos puede pedir el secuestro de éstos, y e) Si surgen diferencias respecto al manejo de los bienes entre los varios herederos, o entre éstos y el cónyuge supérstite, cuando no hay albacea con tenencia, cualquiera de aquéllos o el cónyuge puede optar por uno de estos dos caminos: 1º Pedir al juez que tramita la mortuoria que resuelva tales discrepancias, el que debe decidir la solicitud mediante auto proferido "de plano si no hubiere hechos que probar o mediante incidente en caso contrario", y 2º Solicitar a dicho juez que decrete y practique el secuestro definitivo de los bienes.

2. Por cuanto al precitado artículo 595 del Código de Procedimiento Civil consagra derechos y obligaciones para los sujetos interesados en la mortuoria, en materia de la administración de los bienes herenciales y de los de la sociedad conyugal, procede afirmar que es norma de naturaleza sustancial y, por ende que su violación da base para atacar en casación la sentencia de instancia con apoyo en la causal primera.

Mas, como el quebranto de una norma sustancial, en la especie de falta de aplicación, sólo ocurre cuando no se hace obrar el precepto pertinente en el caso controvertido, debe seguirse que el dicho texto 595, sin embargo de encontrarse ya vigente cuando en este negocio se pronunció la sentencia impugnada, no correspondía hacerlo actuar en ella porque tal norma no regía aún cuando se trabó la relación jurídico-procesal. Por consiguiente, no puede decirse que el Tribunal en su sentencia quebrantó por inaplicación dicho precepto.



3. Para denegar la pretensión concerniente a la reducción del honorario fijado por el testador para el albacea, el Tribunal se basó en que de acuerdo con lo estatuido por el artículo 1359 del Código Civil el juez sólo puede regular esta remuneración cuando el testador no la haya señalado; y en que en el caso *sub judice* no falta ese presupuesto, desde luego que la memoria testamentaria de Caldas Idrobo contiene claramente esa disposición, a la que reconoce plena eficacia.

De la sola lectura del cargo en estudio se advierte que, a pesar de venir formulada la correspondiente censura por violación directa, su sustentación arranca de que el censor estima que el Tribunal no dio por establecido, estándolo, que el nombramiento del albacea lo hizo el testador para administrar no sólo los bienes herenciales sino también los de la sociedad conyugal; que como en estas condiciones no se causó la totalidad del honorario fijado por el testador, "ello equivale a falta de señalamiento de esa remuneración, y era aplicable entonces el inciso segundo del mismo artículo 1359". Es decir, que en este aspecto el cargo viene edificado sobre presuntos errores de orden probatorio, sustentación que pone de presente que no se trataría de la violación directa sino de la indirecta de la ley sustancial.

Por consiguiente, el cargo ha debido formularse por esta última vía, invocando errores del sentenciador en la apreciación de las pertinentes cláusulas del testamento, lo que no hizo el recurrente.

El cargo resulta, pues, ineficaz.

## V

### Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia de fecha veintisiete (27) de marzo del presente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este proceso ordinario. Costas del recurso a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Insértese en la **Gaceta Judicial**.

*Germán Giraldo Zuluaga, Aurelio Camacho Rueda, Ernesto Escallón Vargas, José María Esquerro Samner, Humberto Murcia Ballén, Alfonso Peláez Ocampo.*

*Alfonso Guarín Ariza, Secretario.*