

nos a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento, y podrán instaurar la acción de reforma (ellos o las personas a quienes se hubiere transmitido sus derechos) dentro de los cuatro años contados desde el día en que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios.

## PERSONAS LEGITIMADAS PARA INICIAR ACCIÓN DE REFORMA

### ACCIONES QUE PROTEGEN LA HERENCIA

**DRA. CARLOTA VERBEL ARIZA**

#### ACCIONES QUE PROTEGEN LA HERENCIA

Las acciones más expeditas en derecho sucesoral son la de reforma del testamento y la de la petición de herencia, éstas protegen la herencia pero hay otras que también protegen la herencia y no son tan nombradas tales como la reivindicatoria, la acción de simulación, la de indignidad y desheredamiento. Otra que también protege la herencia es la acción que en estos casos debe ser ordinaria para probar lo establecido en el artículo 1288 y 1824 del C.C.; la acción de nulidad del testamento.

Otras que tienen incidencia también en la protección de los bienes herenciales son las de impugnación de paternidad o maternidad y la de filiación.

Porque como lo hemos dicho, en infinidad de oportunidades, el derecho sucesoral está íntimamente ligado con el derecho de familia estas dos instituciones son hermanas gemelas.

Porque como lo hemos dicho, en infinidad de oportunidades, el derecho sucesoral está íntimamente ligado con el derecho de familia estas dos instituciones son hermanas gemelas.

Hablemos de estas acciones y su relación con el derecho sucesoral y con la familia que es la razón de ser del derecho sucesoral.

#### ACCIÓN DE REFORMA DEL TESTAMENTO

Acción de reforma del testamento: como su mismo nombre lo indica es para la sucesión testada y tiene derecho a instaurarla el legitimario que es lesionado en su legítima, pues, según el artículo 1274 del C.C. "Los legitima-

rios a quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde, tendrán derecho a que se reforme a su favor el testamento, y podrán instaurar la acción de reforma (ellos o las personas a quienes se hubiere transmitido sus derechos) dentro de los cuatro años contados desde el día en que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios”.

#### **PERSONAS LEGITIMADAS PARA INICIAR ACCIÓN DE REFORMA**

Tienen derecho a hacer uso de esta acción los legitimarios que lo son los descendientes personalmente o representados y los ascendentes teniendo en cuenta el orden de prelación de los grados de parentesco, estando los del primer grado (padres) no entran los abuelos; y por mandato del art. 1278 del Código Civil, el cónyuge también tiene derecho a iniciar esta acción para integrar su porción conyugal, a pesar de que el cónyuge no es legitimario si es dueño de una asignación forzosa que es la porción conyugal. Porción que equivale en el primer orden a la legítima rigurosa de un hijo y en los demás a la cuarta parte de los bienes.

Pero estas personas dueñas de la acción mencionada, sólo pueden iniciarla cuando se les deja en el testamento una porción menor a la que les corresponde por ley, porque si al legitimario no se le menciona en el testamento, es preterido, y como tal no necesita iniciar la acción de reforma, sino presentarse al proceso con la prueba de su calidad y se le reconoce como legitimario, lo propio sucede con el cónyuge, a quien se le ignoró (art. 1276).

El legitimario lesionado en su derecho o preterido tiene derecho a su legítima rigurosa y a la legítima efectiva cuando la mejora no se repartió entre sus descendientes o fue dada a extraños.

#### **SUJETOS PASIVOS DE LA ACCIÓN DE REFORMA**

La acción de reforma se dirige contra los asignatarios que tengan mayor cuota de la que les corresponde a los que debe reducirseles, pero generalmente esta acción se dirige contra todos los asignatarios testamentarios.

Esta acción la puede ejercer no sólo el asignatario forzoso, sino el que lo representa, sus herederos cuando aquellos hallan muerto, el cesionario o sucesor por negocio jurídico entre vivos del asignatario forzoso, la persona a quien se le transmite la herencia.

Esta acción por lo demás es de carácter patrimonial por tanto está sujeta a renuncia y transacción, es prescriptible; conforme al art. 1274 los titulares

de la acción podrán intentarla "dentro de los cuatro años en que tuvieron conocimiento del testamento y de su calidad de legitimarios".

Estos cuatro años se cuentan a partir de la delación de la herencia. Pero para los menores de edad el tiempo se cuenta a partir de que cumplen la mayoría de edad, no antes.

Como la reforma del testamento se ventila por un proceso ordinario, completamente diferente al proceso de sucesión mientras se ventila el primero, se puede solicitar la suspensión de la partición mientras se falla la reforma del testamento porque este fallo tiene incidencia directa en la partición, si el demandante de la reforma triunfa puede entrar en la sucesión y lograr que el partidor le adjudique la parte que legalmente le corresponde, sin necesidad de iniciar después una acción de petición de herencia.

La acción de reforma puede acumularse con la de petición de herencia y la reivindicatoria de las que hablaremos enseguida.

#### ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA

La petición de herencia de nuestra legislación tiene su origen en el derecho romano para quienes esta acción era el reconocimiento de la condición de heredero del actor y como consecuencia de ello, la restitución de los bienes detentados por el demandado, restitución total o parcial, según que el actor fuera heredero único o de una cuota parte.

Los efectos patrimoniales de la *hereditatis petitio* fueron regulados en la época de Adriano, en la reglamentación se tiene en cuenta al poseedor de buena fe y al de mala fe.

La acción de petición de herencia es una acción que protege el derecho de herencia, derecho éste, que puede estar ocupado total o parcialmente por personas, que se creen herederas.

La Corte Suprema de Justicia definió esta acción en sentencia de febrero 28 de 1955 como "la que tiene quien se cree heredero de una persona *fallecida, contra el que pretende o tiene la herencia* llamándose heredero, con el fin de que a aquél se le reconozca esta calidad, como sucesor único y se le restituya la herencia".

La acción de petición de herencia se encamina a definir quién tiene igual o mejor derecho que el ocupante a obtener determinada herencia. Versa sobre el título de heredero.

**NOTA:** La petición de herencia se dirige a determinar por el juez si el demandante tiene derecho a heredar en concurrencia con el demandado que ocupa la herencia o si tiene un derecho superior que lo excluya. Si es lo primero solo se pide una cuota de la herencia, si es lo segundo, se pide toda la herencia excluyendo a quienes la ocupan que son los demandados, o los herederos aparentes.

**Ejemplo:** Del primer caso tenemos el de Juan que murió en 1992 no tenía descendientes ni ascendentes, sólo contaba con tres hermanos dos de ellos abrieron el proceso de sucesión y se le adjudicaron los bienes, el tercero estaba en la Patagonia, no supo cuándo murió su hermano y en el año 1997 se presenta y encuentra que ya el proceso terminó y él quedó por fuera aquí tendría que iniciar acción de petición de herencia pero no para excluir a sus hermanos porque ellos también tienen derecho, sino para recibir una cuota igual a la que sus hermanos recibirían que ya no sería la mitad sino una tercera parte de la herencia, pues en vez de dividirse entre dos se divide entre tres.

**Ejemplo:** Del segundo caso es el siguiente: Marta muere en 1990 tenía a su madre que vivía en Colombia, ella, en Panamá donde vivió por mucho tiempo, dejó un hijo que el padre le quitó, a los seis meses de muerte Marta la madre hace los trámites para la sucesión y se abre el proceso y se le adjudican los bienes, a los 2 años de adjudicados los bienes se presenta el hijo de Marta que tiene 18 años de edad, él inicia una acción de petición de herencia pero no para recibir una parte sino para excluir a su abuela, porque él es heredero de mejor derecho, y en esas condiciones la madre de Marta queda por fuera de la sucesión.

En este caso a la madre de Marta no le corresponde nada de esa sucesión sólo hubiera tenido derecho si Marta le hubiera dejado por testamento todo o parte de la cuarta de libre disposición.

Según el artículo 1321 del C.C. "El que probare su derecho a una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como incorporales; y aun aquéllas de que el difunto era mero tenedor como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc. Y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños.

De esta manera podemos sacar las siguientes características. Sólo el heredero puede ejercer la acción de petición de herencia, ya sea por la totalidad o por una parte de la herencia. Esta acción la puede iniciar tanto el heredero intestado como el testamentario pero tratándose del testamentario sólo la pueden iniciar los herederos forzosos que son los que el testador

está obligado a dejarles y si no les deja debe expresar las razones, que deben ser algunas de las causales de desheredamiento. No sucede igual cuando el heredero es sólo legal, no forzoso, por ejemplo los hermanos y los sobrinos; si una persona tiene tres hermanos y testa a favor de uno sólo, los demás no están legitimados para iniciar acción de petición de herencia porque ese testador es libre de dejar sus bienes a quien quiera, tampoco pueden solicitar la reforma del testamento porque no son legitimarios.

La acción puede ejercer también el adquirente de la herencia por negocio jurídico entre vivos a título universal (el que compra derecho hereditario) o a título singular (adquirente de cuerpos cierto de determinada herencia) y esto porque la acción por su carácter patrimonial es transmisible, por negocio jurídico entre vivos o por causa de muerte.

El demandante para iniciar esta acción debe probar el origen del derecho hereditario a su favor por tanto se prueba: a) la muerte del causante, b) su calidad de heredero, o sea el parentesco con el causante, c) si se trata de herederos testamentarios deberá presentar el testamento.

#### A QUIÉN SE DEMANDA

El demandante que es el heredero de igual o de mejor derecho debe dirigir su demanda contra el heredero aparente, el heredero aparente, es el que posee la herencia en calidad de heredero y esa posesión es legal porque le fue adjudicada la herencia en un proceso de sucesión.

Este heredero aparente lo es de una parte o de toda la herencia según que el demandante tenga igual o mejor derecho que el demandado.

Los herederos testamentarios pueden convertirse en herederos aparentes en los siguientes casos:

a) Cuando es demandada y consecuencialmente declarada la nulidad del testamento, los herederos que eran reales, verdaderos, se convierten en aparentes.

b) Cuando por testamento posterior se asignan los bienes o personas **diferentes de las que contenía el testamento anterior.**

c) Cuando el heredero testamentario es declarado indigno después de la muerte del testador, esto sucede cuando la causal de indignidad es posterior al otorgamiento del testamento, en este caso el heredero declarado indigno se convierte en heredero aparente y debe restituir la parte de la herencia poseída.

d) También es heredero aparente el cesionario de la herencia a título gratuito o a título oneroso como heredero aparente es sujeto pasivo de la acción de petición de herencia.

De la lectura del art. 1321 del C.C. podemos deducir quien es el sujeto activo y el pasivo pues esta norma otorga la acción a quien probare su derecho a una herencia "ocupada por otra persona en calidad de heredero".

Quien no se presenta heredero no es sujeto pasivo de esta acción, el sujeto que no se pretende heredero y posee bienes pertenecientes a una sucesión es sujeto pasivo de la acción reivindicatoria.

#### **CONSECUENCIA DE LA SENTENCIA FAVORABLE AL DEMANDANTE**

El heredero que obtiene sentencia favorable por la acción de petición de herencia, adquiere la herencia y la restitución de los bienes hereditarios, de todos esos bienes incluso de los que el difunto tenía a título precario los aumentos y los frutos, esto sucede cuando la debe efectuar el demandado frente al sujeto titular con vocación preferente o excluyente, pero el juez ante un caso de vocación sólo concurrente al dictar sentencia reconociendo esta vocación concurrente e imponiendo coactivamente la restitución a título hereditario teniendo en cuenta otras normas del Código Civil que fijan para estos casos la porción de la herencia que corresponde a esa vocación, y según las normas que gobiernan estas restituciones, a la porción que resulte se deberá limitar la dicha restitución de esos bienes poseídos totalmente por él o los demandados, y conforme a esas porciones se hará posteriormente la partición. Las normas a tener en cuenta en este caso son los arts. 1251, 1253, 1256 y Conc. del C.C.

La sanción en el aspecto patrimonial comprende no sólo la entrega de los efectos hereditarios que se encuentren en poder del heredero aparente sino también los aumentos que hayan tenido esos objetos, esto comprende además de los accesorios, los frutos y mejoras arts. 1322, 1323, 951 ss Con. C.C.

#### **ASUNTOS QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA**

Debemos contemplar algunas situaciones que puedan presentarse en estos asuntos, una de ellas es que las cosas hereditarias o una parte de ellas pueden haberse perdido o deteriorado en manos del demandado o puede haberlas enajenado (heredero aparente). Para estos casos las circunstancias varían según que el sujeto que debe restituir sea de buena o de mala fe. Igual cosa sucede con los frutos de la herencia y con las mejoras

hechas en los objetos hereditarios. Al efecto el art. 1324 del C.C. establece que "El que de buena fe hubiere ocupado la herencia no será responsable de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias, sino en cuanto lo hayan hecho más rico; pero habiéndola ocupado de mala fe, lo será de todo el importe de las enajenaciones o deterioros".

#### **QUÉ SE ENTIENDE POR BUENA FE PARA NUESTRO ESTUDIO**

Cuando nosotros estudiamos el régimen vigente para la posesión el art. 768 atribuye la buena fe al poseedor convencido de haber adquirido las cosas por medios legítimos exentos de fraude y de todo otro vicio, pero esto se admite sólo por un error de hecho, no se aplica cuando hay error de derecho, porque éste es inexcusable. La misma norma en el inciso 4º dice: "pero el error, en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario".

Diferentes suceden las cosas cuando de posesión de la herencia se trata que se considera de buena fe al poseedor ya sea por error de hecho o de derecho, que lo hace creerse legítimo dueño de la herencia que posee.

Ejemplo un cónyuge se hace adjudicar toda la herencia en presencia de hermanos del causante, ellos o por ignorancia, o por negligencia no se presentaron al proceso, a este cónyuge no se le puede atribuir mala fe, por el hecho de saber que ellos también eran herederos, de pronto el cónyuge no lo sabía tampoco, o de pronto los hermanos no quieren presentarse ese cónyuge no tiene porqué rogarles que se presenten.

Pienso que el error de derecho inexcusable en materia sucesoral no se aplica. Por ejemplo, en materia sucesoral la ley obliga a dejar unas asignaciones llamadas forzosas a los herederos forzosos en primer lugar a los hijos éstos tienen derecho a las  $\frac{3}{4}$  partes de la herencia. Alguien puede ignorar eso y dejar sus bienes a una institución de beneficencia porque considera que haría más bien dejándoselos a esa institución que a los irresponsables de sus hijos, esta disposición no vicia la voluntad por error de derecho, sencillamente los hijos pueden presentarse al proceso a reclamar por ley lo que el padre no les dejó en el testamento, tanto es esto cierto, que si los hijos no dicen nada, no se presentan a reclamar, el reparto se hará **como el testado lo dejó consignado en su testamento.**

La mala fe entonces se derivaría de que el heredero conoce la existencia del de mejor derecho y esconde la muerte del pariente, o sabe que no se ha presentado porque está en otro lugar y no se enteró y el heredero aparente no hace ninguna diligencia para que el heredero verdadero acuda a recibir lo que le corresponde, o se lo impide haciéndole falsas promesas, recompensas,

etc.; o ha ejercido violencia sobre el heredero verdadero. En esta forma aparecería clara la mala fe.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 12 de noviembre de 1959 expresó: "La buena fe simple que el art. 769 de C.C. presume, no exige cualificación como la buena fe creadora de derechos en que se asienta la teoría de la apariencia. Porque aquella se confunde con la honestidad de la conducta humana en su más sencilla expresión, y no requiere en quién la invoca estar exento de culpa mientras que la segunda no es apta para construir derecho con destrucción del preexistente, sino sólo cuando se pruebe que el error de que depende no puede corregirse sin romper la tranquilidad general y es de aquellos en que habría incurrido el más perspicaz diligente y avisado de los hombres".

Como salta a la vista el régimen probatorio de estas dos especies de la buena fe también es diverso: si de la buena fe simple se trata, la presunción establecida por la ley para su existencia releva de prueba a quien la invoca e impone la carga probatoria de desvirtuarla a quien pretenda destruirla; más si se persigue derivar efectos jurídicos favorables con fundamento en la buena fe exenta de culpa, corresponde demostrar a quien así la alega, que actuó con diligencia, prudencia y cuidado para no incurrir en error que, a pesar de ello se produjo, error de conducta en que habría incurrido no sólo quien así lo padeció sino cualquiera otra persona puesta en las mismas circunstancias..."

#### **FRUTOS DE LOS BIENES HERENCIALES**

En materia de frutos como en lo que se refiere a las mejoras del Código Civil art. 1323 se remite a lo dispuesto para la acción reivindicatoria (Art. 948, 961 ss. C.C.).

De la referencia que se hace a la reivindicación podemos concluir que el poseedor de buena fe de la herencia (heredero aparente en la petición de herencia) no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda en cuanto a los percibidos después corresponden al heredero verdadero (demandante), con la obligación de pagar al poseedor lo que él invirtió en producir esos frutos (inc. final art. 964 C.C.).

Resumiendo, el poseedor de buena fe que ha sido condenado por sentencia a restituir la cosa es responsable de los frutos percibidos desde el día en que se le notificó la demanda, es responsable también de los que por su negligencia hubiere dejado de percibir.

El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles, tanto los percibidos antes de la contestación de la demanda como los per-

cibidos después, y los que con mediana inteligencia hubiere podido obtener el heredero.

#### **GASTOS O EXPENSAS**

El poseedor de buena fe vencido tiene derecho como ya lo dijimos a cobrar al heredero los gastos necesarios o útiles, los impuestos pagados por los inmuebles que no pagó el causante, las hipotecas que lo gravaban cuando entró en posesión y que él tuvo que cancelar y los dineros y materiales invertidos en mejoras necesarias o útiles que existían al momento de la restitución de la cosa.

El poseedor puede ejercer el derecho de retención sobre la cosa mejorada en la que se hicieron los gastos, sin extender este derecho a las demás cosas de la herencia, cesa este derecho cuando se verifique el pago o se le asegure su satisfacción art. 970 C.C.

El poseedor de mala fe tiene también derecho a que se le indemnice por los gastos necesarios hechos en la cosa y goza del derecho de retención hasta cuando se le paguen, a este poseedor se le pagarán también las mejoras necesarias.

Como ya vimos, el poseedor de mala fe no tiene derecho a los frutos, pero sí tiene derecho a que se le indemnice por los gastos hechos para conservar la cosa en buen estado.

El poseedor de mala fe puede repetir las mejoras y gastos útiles que hayan aumentado el valor de la cosa, hasta la concurrencia del mayor valor existente, pudiendo compensarla, ya con el valor de los frutos percibidos, ya con el de aquellos que por su culpa hubiere dejado de percibir.

#### **DESTRUCCIÓN O PÉRDIDA DE LAS COSAS HEREDITARIAS**

El poseedor de buena fe de la herencia no debe ninguna indemnización por la pérdida o por el deterioro que se hubiere causado a las cosas hereditarias, a menos que se hubiere aprovechado del deterioro, el art. 1324 del C.C. al respecto dice: "El que de buena fe hubiere ocupado la herencia no será responsable de las enajenaciones o deterioros de las cosas hereditarias, sino en cuanto le hayan hecho más rico..." coincide con el art. 963 inciso 2 del C.C. que habla de la responsabilidad por deterioros en la acción reivindicatoria; al respecto el autor FERNANDO VÉLEZ en su obra *Estudios sobre el Derecho Civil Colombiano* tomo III actualizado y complementado Editorial Jurídica Colombiana 1992 comenta "El principio general de que el

poseedor de buena fe no responde de los deterioros de la cosa es consecuencia de que el derecho de dominio faculta al propietario para gozar y disponer de sus bienes arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno (art. 669). Si un individuo cree que es dueño legítimo de una cosa, no habría motivo para hacerlo responsable por el ejercicio de sus derechos en los términos reconocidos por la ley. Sin embargo si los deterioros le aprovechan al poseedor, no siendo ellos frutos (art. 714-717) parece justo que satisfaga el valor del provecho desde que a nadie le es permitido enriquecerse a costa ajena, y desde que el saneamiento comprenda la restitución del precio de la cosa a quien es evicto de ella (art. 1904). De aquí la excepción que hace el inciso 2o. del Art. 963 al principio indicado.

*“Pero si la pérdida o deterioro se da por hecho del demandado será condenado a indemnizar”.*

El poseedor de mala fe debe responder de todo daño o deterioro que se cause por su hecho o negligencia a la cosa hállese o no aprovechado de ellos.

#### **MEDIDAS CAUTELARES EN LA ACCIÓN REIVINDICATORIA Y DE PETICIÓN DE HERENCIA**

Nuestro Código Civil al referirse en el art. 959 a las medidas preventivas en la reivindicación expresa que “si se demanda el dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, el poseedor seguirá gozando de él hasta la sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada.

Pero el actor tendrá derecho de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no fueren suficiente garantía y el art. 960 dice: “La acción reivindicatoria se extiende al embargo, en manos de terceros, de lo que por este se deba como precio o permuta al poseedor que enajenó la cosa”.

No hay duda que para la acción de reivindicatoria caben las medidas cautelares generales que se establecieron para los procesos ordinarios en el art. 690 del Código de Procedimiento Civil y las propias de embargo del bien a reivindicar reglado por el art. 960 del Código Civil, norma que no fue recogida por el Código de Procedimiento Civil. Con la acción de petición de herencia sucede algo diferente, se pueden usar las medidas generales establecidas para los procesos ordinarios, no se le aplica el art. 960 del Código Civil a la acción de petición de herencia porque cuando el Código Civil en el art. 1323 remitió asuntos pertinentes de la petición de herencia a

la reivindicación se refirió sólo a la restitución de frutos y mejoras, en ningún caso a las medidas cautelares. Por tanto para el proceso de petición de herencia no se da en ningún caso el embargo de los bienes. Bienes que ya no están a nombre del causante sino de otra persona en calidad de heredero que es el heredero aparente aquí no opera la analogía.

En lo que tiene que ver con las mejoras podemos decir que las llamadas necesarias deben abonarse tanto al poseedor de buena fe como al de mala fe, estos deben haber sido ejecutadas con mediana inteligencia y economía.

Las mejoras útiles que son las que acreditan el valor de las cosas, deben serle reconocidas al vencido de buena fe ya sea por el incremento que dieron a la cosa o por el valor de la mejora al tiempo de su restitución. Las puestas después de la notificación del auto admisorio de la demanda no le serán retribuidas, pero podrá recuperar las materiales sin deteriorar la cosa.

Las mejoras voluptuarias no se le reconocen a nadie pero el dueño puede llevárselas si puede desprenderlas sin deteriorar la cosa.

#### **PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE LA HERENCIA**

Según el art. 1326 de C.C. la acción de petición de herencia prescribe en 20 años contados desde la apertura de la sucesión. Pero el heredero putativo podrá oponer al heredero demandante la prescripción ordinaria de 10 años, presentando además del tiempo el decreto de posesión efectiva de la herencia si la tuviere o en su defecto, la sentencia aprobatoria de la partición.

El putativo puede defenderse proponiendo la prescripción ordinaria como acción o como excepción, o la prescripción de 20 años contados desde apertura de la sucesión.

Podemos afirmar entonces que la prescripción de la acción de petición herencia es sólo de 10 años porque después de ese tiempo el putativo gana los bienes por prescripción ordinaria, pues ya posee el título de posesión efectiva o la sentencia aprobatoria de la petición.

#### **DIFERENCIA DE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE LA HERENCIA CON LA REFORMA DEL TESTAMENTO**

La acción de petición de la herencia es real.

La acción de Reforma del testamento es personal.

La acción de petición de la herencia se da tanto para heredero testamentario como para intestado.

La acción de reforma sólo se da entre herederos testamentarios.

La acción de petición de herencia es para cualquier clase de heredero forzoso o no forzoso.

La acción de reforma del testamento es para los legitimarios y el cónyuge.

La prescripción de la acción de petición de herencia es de 20 años a partir de la delación de la herencia, y la prescripción de la acción de reforma del testamento es de corto tiempo 4 años a partir de la delación de la herencia o de que se conoció el testamento.

#### **ACCIÓN REIVINDICATORIA**

La acción reivindicatoria de que aquí se trata contenida en el art. 1325 del C.C. puede ser instaurada por un heredero para recuperar las cosas hereditarias que estén en poder de terceros, que no tienen ni pretenden tener la calidad de herederos.

En materia sucesoral podemos mencionar dos clases de reivindicaciones:

a) La que se hace contra terceros que no son ni han querido hacerse pasar por herederos.

b) La que se dirige contra los que adquirieron los bienes del heredero putativo.

Esta acción reivindicatoria sólo se encamina a obtener el bien para la sucesión no para ningún heredero en particular. Sólo reivindica un heredero bienes pertenecientes al causante para sí mismo, cuando en la partición se le adjudicó a ese heredero el bien poseído.

La acción reivindicatoria que estudiamos aquí no tiene éxito cuando se dirige contra un tercero de buena fe exento de culpa en la adquisición del bien.

La acción que tiene el heredero por disposición del art. 1325 del C.C. se refiere a las cosas hereditarias reivindicables son estas según los arts. 946 y 949 del C.C. las cosas singulares, raíces, muebles a menos que el poseedor las haya obtenido en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en el que se vendan muebles de la misma clase; los derechos reales distintos del dominio, menos el de herencia.

El derecho de herencia no se reivindica precisamente porque versa sobre una universalidad de derechos lo que le impide la reivindicación por eso se reglamentó la acción de petición de herencia.

#### **DIFERENCIA ENTRE LA ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA Y LA REIVINDICATORIA**

Las diferencias más sobresalientes entre estas dos acciones son las siguientes:

- a) La acción de petición de herencia se origina en el derecho real de herencia; la reivindicatoria en el de dominio.
- b) La acción de petición de herencia tiene por objeto una cosa universal, se trata del patrimonio herencial o una cuota de éste. La reivindicatoria tiene por objeto una cosa singular, concreta determinada.
- c) La acción de petición de herencia la tiene el heredero verdadero contra el heredero aparente o putativo, la acción reivindicatoria la tiene el verdadero dueño contra el que posee la cosa.
- d) La acción de petición de herencia da origen a un proceso en la que se discute la calidad de heredero. En la reivindicatoria se discute la calidad del propietario de un bien.

#### **ACCIÓN DE SIMULACIÓN**

Simulación viene del latín *simulare* que significa fingir, o hacer aparecer lo que no es la realidad. La simulación es disimular u ocultar. Para que se dé la simulación se requiere:

- a) Un acuerdo previo de las partes contratantes
- b) Una declaración de voluntad deliberadamente disconforme con el querer interno de los contratantes,
- c) **La finalidad es la de engañar a terceras personas haciéndoles creer que el negocio ostensible es el verdadero.**

Dice MUÑOZ SABATÉ que tradicionalmente la simulación ha sido reputada como una ficción de la realidad, y el negocio simulado como aquél que tiene una apariencia contraria a la realidad bien porque no existe en absoluto, o bien porque es distinto de como aparece. Es decir, la simulación negocial

existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito negocial, ya sea esté contrario a la existencia misma, ya sea el propio de otro tipo de negocio.

La simulación la podemos definir como el convenio de dos o más personas para dar a una cosa la apariencia de otra.

La acción de simulación se dirige a obtener el reconocimiento jurisdiccional de la verdad oculta tras el velo de la ficción, esto es, la prevalencia de lo oculto respecto a lo aparente.

Si la simulación es absoluta persigue que el juez declare que entre las partes no se celebró el contrato ostensible que el acto aparente no existe, en la simulación relativa se persigue es que el juez declare que el negocio celebrado por las partes es diverso del que ostensiblemente aparece convenido. Se trata de establecer cuál fue el verdadero negocio.

Desde la adopción del Código de Procedimiento Civil de 1971, ya nadie discute que la simulación puede probarse con cualquiera de los medios consignados en el C.P.C.

LUIS MUÑOZ SABATÉ en su obra "La Prueba de la Simulación" dice que en todas las épocas se ha considerado a la simulación como una materia *difficilioris probationes*, (de difícil prueba) pues reúne la triple característica de hallarse constituida por unos hechos ocultos, psíquicos y generalmente ilícitos.

Cierto es que la simulación puede probarse con cualquier medio, pero sin lugar a dudas es la prueba indiciaria la que mejor se adapta a la manera de ser de la simulación, dada la sutileza del engaño y el sigilo con que se planea.

Sabemos que en la simulación hay una conducta mañosa caracterizada por la astucia y la sagacidad de los intervinientes integrada por actos de transparente apariencia generalmente documentarios.

Esto naturalmente facilita el que no deje de haber simulaciones ya que todos los que intervienen gozan de paz y tranquilidad nadie los perturba, los perjudicados con el acto no intervienen ni se dan cuenta en el momento, y muchas veces nunca se dan cuenta porque creen en la buena fe de los negociantes.

La simulación es un fenómeno jurídico que está previsto en el art. 1766 del Código Civil, luego está permitida, sólo se encuentra prohibida en los casos que la misma ley señala y estos casos son el art. 1023 que prohíbe la asignación a incapaces. El art. 1371 que trata de la posesión del cargo de albacea fiduciario norma que le prohíbe hacer pasar parte alguna de los bienes

del testador a una persona incapaz. El art. 2170 que prohíbe al mandatario encargado de compraventa de bienes comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender ni vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, esto no lo puede hacer por sí ni por interpuesta persona.

En la simulación el contrato aparente o ficticio carece de causa, la causa simulada del contrato ficticio consiste en el móvil que ha inducido a las partes a fraguar la simulación y a crear con ello una apariencia engañosa ante terceros, ese móvil varía en cada caso y puede ser lícito o ilícito.

Al respecto de la prueba de indicios la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación de fecha 20 de noviembre de 1992 dijo: "cuando el tribunal de instancia forma su convicción a virtud de indicios en materia susceptible de esa prueba su concepto sobre la certeza de los hechos presumidos es intocable en casación, salvo el caso de contraevidencia del que pudieran enunciarse las siguientes hipótesis: que el sentenciador tenga por probados hechos básicos sin estarlos, es decir que haya sacado deducciones de hechos que no están acreditados en el proceso, o que haya ignorado hechos debidamente comprobados suficientes por sí mismos para imponer una consecuencia contraria a la del fallo o que haya dejado de relacionar los varios indicios entre sí cuando de esa labor habría necesariamente deducirse una conclusión opuesta a la abrazada por él, o en fin cuando en la interpretación de los indicios o en la operación de conectar unos contra otros haya establecido una relación que repugna a la lógica. "Apreciaciones estas que bien pueden resumirse con palabras que también son de la Corte, diciendo que los juicios ponderativos que acerca de la prueba de indicios hagan en sus fallos los juzgadores de instancia por normas son intocables en casación y "deben mantenerse mientras no se demuestre que son contrarios a la lógica y a la realidad objetiva que las pruebas exteriorizan".

Con base en esta sentencia el juez de instancia o el Tribunal tiene que analizar con cuidado cada indicio que son tantos cuanto movimientos se hayan hecho o dejado de hacer en el negocio jurídico.

Hay indicios que en materia de simulación deben tener unos elementos comunes para que sean tenidos en cuenta y puedan probar el hecho simulado estos elementos son:

Un hecho conocido o indicador debe estar plenamente probado en el proceso.

Un hecho desconocido que se pretende demostrar.

Una inferencia lógica, por medio de la cual, partiendo del hecho conocido, se logre con certeza o probabilidad, deducir el hecho que pretendíamos conocer.

El autor LUIS MUÑOZ SABATÉ en su obra *la Prueba de la Simulación* habla de los siguientes indicios. Afecto o parentesco. Esto se basa en las relaciones familiares, de amistad, dependencia, negocios y de otro modo vinculativas entre el simulador y su cómplice, forma parte sustancial del *concilium fraudis*, este indicio se integra con el de causa *simulandi*.

Otro indicio importante es la causa *simulandi* quien simula, simula siempre por algo bien concreto, racional y económico. Quien simula es un estratega nada inmaduro. Por eso hay que averiguar los posibles motivos que hayan podido inducir o potenciar la simulación.

La *retentio possessionis*. Este indicio consiste en la ausencia de toda conducta posesoria por parte del otro simulador adquirente de la cosa transmitida, esto es, la falta de toda actividad *utendi fruendi*.

En este caso la transmisión del bien no se efectuó pues el verdadero dueño continuó en posesión del bien.

Subfortuna. Todo negocio jurídico simulado tiene un fondo patrimonial que presupone de parte de sus autores determinados condicionamientos económicos, se refiere a la incapacidad económica del adquirente.

Y así analiza el autor treinta (30) indicios tales como el *habitus* - carácter, movimiento bancario, precio vil, precio confesado, tiempo del negocio, lugar del negocio, ocultación del negocio, etc. Indicios que realmente conducen a probar la simulación.

#### **CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN DE SIMULACIÓN**

Una vez dictada la sentencia a favor del demandante que es el simulante o aparente vendedor donante o mandante; a éste deberá restituirse el bien con los frutos que hubiere percibido.

En lo que tiene que ver con expensas y mejoras que el demandado vencido hubiese gastado o hecho en el bien tendrá derecho sólo a las prestaciones que determine la ley para los poseedores de mala fe, asunto que ya explicamos cuando hablamos de las expensas mejoras en la acción de petición de herencia.

Cuando se declara la simulación no es necesario que se otorgue nueva escritura de transferencia de bienes, ni que se haga nuevo registro del acto, pues no se ha realizado ninguna enajenación ya que los bienes siguen en el patrimonio del dueño ni entraron al del simulante comprador, donatario etc. Basta que el juez ordene la cancelación del registro del acto aparente y se

tome nota al margen de esa escritura, esto lo ha dicho reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Las consecuencias de la sentencia en cuanto a los terceros está contenida en el mismo art. 1766 del C.C. cuando dice: "Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero".

Con base en esta norma el acto simulado en relación a terceros es completamente válido. Cuando la norma habla de terceros no dice que sea de buena fe, que realmente es el que debe beneficiarse, pero algunos dicen que el tercero puede ser de buena o de mala fe porque ellos no han intervenido en el acto simulado, eso es razonable pero en todo caso el tercero que se le demuestre la mala fe no puede beneficiarse con el bien que el simulante le negoció".

La simulación protege el derecho sucesoral porque no sólo las partes simulantes puedan demandar la simulación sino también los herederos, para que vuelvan las cosas al estado de antes, los bienes queden a nombre del de cuyos y entren al proceso de sucesión, en la práctica, primero se abre el proceso de sucesión, de denunciar los bienes que haya en ese momento, cuando se reconoce a los herederos dentro del proceso de sucesión se pide la certificación del reconocimiento de herederos y con esta y las demás pruebas que se tenga se abre un proceso ordinario por simulación.

Si el proceso de simulación demora mucho, se puede pedir suspensión de la partición hasta que se decida la simulación pues en ella están involucrados bienes que son de la masa hereditaria y deben volver a ella.

De la simulación es mucho lo que hay que tratar, se trata de una figura, de las más usadas, sobre todo ahora que todos los hijos tienen el mismo derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

- CARRIZOSA PARDO, Hernando. *Sucesiones y Donaciones*. Publicaciones Leinen. 1966.
- CASTRO GUERRERO, Arturo. CONTRERAS RESTREPO, Gustavo, TAFUR GONZÁLEZ, Alvaro. *Código Civil Comentado*.
- LAFONT PIANETTA, Pedro. *Derecho de Sucesiones*. Tomo 1. Ediciones Librería del Profesional, 1979.
- MUÑOZ ZABATÉ, Luis. *La Prueba de la Simulación*. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia 1980.
- ORTEGA TORRES, Jorge. *Código Civil*. Editorial Temis. Séptima Edición. 1970.
- PARRA, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Séptima Edición, Librería del Profesional, 1997.
- SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE 1o. DE MARZO 1993. Expediente No. 3546.
- SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE JULIO 13 DE 1992. Sala de Casación.
- SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE JUNIO 24 DE 1992. Sala de Casación Civil.
- SENTENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE NOVIEMBRE 20 DE 1989. Sala de Casación Civil.
- SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Sucesiones*. Segunda Edición. Editorial Temis, S.A., Santafé de Bogotá, 1996.