

John Arturo Cárdenas Mesa\*

## Nuevos paradigmas de la acción hereditaria extracontractual en Colombia.

*New paradigms for hereditary action in Colombia.*

Fecha de recepción: 10 de febrero de 2014  
Fecha de aceptación: 23 de febrero de 2014

### RESUMEN

La acción hereditaria extracontractual ha tenido una nueva orientación a partir de la expedición de la Ley de Víctimas y Restitución y algunas decisiones del Consejo de Estado, lo que redundó en aspectos como la formulación de las pretensiones, los honorarios profesionales y la cosa juzgada.

**Palabras Claves:** Acción hereditaria- Cambio de paradigma- Ley de Víctimas- Honorarios profesionales- Pretensiones- Cosa Juzgada.

### ABSTRACT

The hereditary action has taken a new direction since the promulgation of the Victims and Restitution act and some decisions of the Council of State, which results in areas such as the formulation of the claims, professional fees and res judicata.

**Keywords:** Hereditary action - Victims lights -Professional fees- Claims- res judicata.

### INTRODUCCIÓN

En el ejercicio profesional encontramos muchas normas que se han ido derogando, corrigiendo y adaptando a las nuevas formas de pensar en el devenir normal del derecho, la sociedad y sus conflictos. Sin embargo, existen instituciones jurídicas muy antiguas que no han tenido variación significativa no obstante el paso de los años, posiblemente porque entrañan la solución más sabia que aún se conoce. Tal es el caso de la mayoría de las acciones hereditarias en materia civil, cuya concepción no ha variado mucho desde la expedición del Código Civil colombiano en 1887 y cuyo origen data de las instituciones del derecho romano en épocas de Justiniano.

\* Abogado litigante en responsabilidad del Estado, Magíster en Literatura Colombiana de la Universidad de Antioquia y Especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. E-mail: johnarturo70@hotmail.com.

En efecto, los herederos tienen diferentes tipos de acciones en defensa no solo de su derecho a ser considerados como tales, sino acciones entre sí cuando no hay discusión sobre su calidad y acciones frente a terceros en defensa de la universalidad jurídica denominada sucesión.

Estas acciones frente a terceros pueden ser de origen contractual cuando se trata de ocupar el lugar del causante en un negocio jurídico; pueden ser extracontractuales si se pretende el resarcimiento de los daños ocasionados al causante por una persona sin vínculo contractual con éste, o pueden ser las acciones genéricas que la ley otorga para la defensa del patrimonio.

Así, un heredero puede ejercer la acción de petición de herencia cuando la herencia se encuentra en poder de otro heredero o la acción reivindicatoria frente a terceras personas.<sup>1</sup> Obviamente en este último caso debe recaer sobre bienes corporales muebles o inmuebles, a diferencia de la primera acción que además se puede ejercer para recuperar bienes incorporales. También el heredero que fallece sin aceptar o repudiar la herencia transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar.<sup>2</sup>

Las acciones posesorias que tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces pueden ser ejercidas por los herederos cuando ha fallecido quien tenía la posesión.<sup>3</sup>

Existe la acción pauliana regulada en el artículo 2491 del Código Civil en favor del acreedor para revocar los actos o contratos que el deudor haya realizado para defraudar a sus acreedores. Aunque la norma no dice que esta acción puede ser ejercida por los herederos, todos los derechos y las obligaciones de naturaleza patrimonial se transmiten por causa de muerte, a menos que haya prohibición expresa de la ley o que de la naturaleza misma del derecho se derive su intransmisibilidad, como ocurre por ejemplo con el derecho real de uso.

<sup>1</sup> El artículo 1321 del C.C dice: *ACCION DE PETICION DE HERENCIA. 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 aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario\*, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños.*

Por su parte el artículo 1325 de Código Civil dice: *ACCIÓN REIVINDICATORIA DEL COSAS HEREDITARIAS. El heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos.*

*Si prefiere usar de esta acción, conservará sin embargo su derecho, para que el que ocupó de mala fe la herencia le complete lo que por el recurso contra terceros poseedores no hubiere podido obtener y le deje enteramente indemne; y tendrá igual derecho contra el que ocupó de buena fe la herencia, en cuanto por el artículo precedente se hallare obligado.*

<sup>2</sup> *ARTICULO 1014. TRANSMISION DE DERECHOS SUCESORIOS. Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, trasmite a sus herederos el derecho de aceptar dicha herencia o legado o repudiarlos, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido. No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo trasmite.*

<sup>3</sup> *Artículo 975. ACCIONES POSESORIAS DEL Y CONTRA EL HEREDERO. El heredero tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor, si viviese.*

El heredero también podría intentar la acción de simulación para enervar los actos aparentes que tienden a perjudicar el patrimonio del acreedor fallecido y la acción oblicua para ejercer las acciones que el acreedor fallecido hubiera podido ejercer en lugar de su deudor negligente; igual es el caso de la acción de nulidad o rescisoria<sup>4</sup>.

En relación a la responsabilidad extracontractual, el artículo 2342 del Código Civil establece la posibilidad de que los herederos pidan la indemnización que pudiera pedir el causante fallecido:

*ARTICULO 2342. LEGITIMACION PARA SOLICITAR LA INDEMNIZACION. Puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero sólo en ausencia del dueño.*

En general el derecho de acción es un derecho personal que puede reputarse mueble o inmueble,<sup>5</sup> que se transmite por causa de muerte y pone al heredero en la misma situación jurídica que hubiese tenido el causante.

Cuando el heredero ejerce una acción hay que diferenciar cuando lo hace a título personal, esto es como persona individualmente considerada sin nexo con el derecho real de herencia, y cuando en favor de la sucesión, pues de ello se desprenden consecuencias importantísimas tanto en lo procesal como en lo sustancial.

Ahora bien, todos los ejemplos que acabamos de esbozar muestran las diferentes utilidades de las acciones hereditarias, tal como han sido entendidas tradicionalmente en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, recientes decisiones del Consejo de Estado y las disposiciones de la Ley 1448 de 2012, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, nos hacen pensar que hay una nueva concepción en este tema tanto desde los puntos de vista sustancial, procesal y probatorio en tratándose de la acción hereditaria extracontractual.

Para analizar este asunto nos ocuparemos en un primer aparte de delimitar el concepto de acción hereditaria en la tradición jurídica colombiana;

<sup>4</sup> *ARTICULO 1751. PLAZO DE LA ACCION RESCISORIA DE HEREDEROS. Los herederos mayores de edad gozaran del cuatrienio entero si no hubiere principiado a correr; y gozaran del residuo, en caso contrario. A los herederos menores empieza a correr el cuatrienio o su residuo desde que hubieren llegado a edad mayor. Pero en este caso no se podrá pedir la declaración de nulidad, pasados treinta años desde la celebración del acto o contrato.*

<sup>5</sup> El artículo 667 del Código Civil establece: *DERECHOS Y ACCIONES. Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe. Así, el derecho de usufructo sobre un inmueble, es inmueble. Así, la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero para que se le pague, es mueble.*

posteriormente entraremos a analizar los cambios jurisprudenciales y legislativos que ha habido específicamente en relación a la acreditación de la muerte; en un tercer acápite entraremos a estudiar la acción hereditaria extracontractual del Código Civil y la acción hereditaria especial o atípica para víctimas del conflicto armado, especialmente en relación a la formulación de las pretensiones, a los honorarios profesionales de los abogados y a los efectos de la cosa juzgada.

## 1. EL CONCEPTO DE ACCIÓN HEREDITARIA

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha definido la acción hereditaria:

*“[...] cuando la víctima directa de un acto lesivo, fallece como consecuencia del mismo, sus herederos están legitimados para reclamar la indemnización del perjuicio por ella padecido, mediante el ejercicio de la denominada acción hereditaria o acción hereditatis, transmitida por el causante, y en la cual demandan, por cuenta de éste, la reparación del daño que hubiere recibido. (...) Al lado de tal acción se encuentra la que corresponde a todas aquellas personas, herederas o no de la víctima directa, que se ven perjudicadas con su deceso, y mediante la cual pueden reclamar la reparación de sus propios daños. Trátase de una acción en la cual actúan jure proprio, pues piden por su propia cuenta la reparación del perjuicio que personalmente hayan experimentado con el fallecimiento del perjudicado inicial, (...) Se trata entonces de acciones diversas, por cuanto tienden a la reparación de perjuicios diferentes. La primera, puesta al alcance de los causahabientes a título universal de la víctima inicial, que se presentan en nombre del causante, para reclamar la indemnización del daño sufrido por éste, en la misma forma en que él lo habría hecho. La segunda, perteneciente a toda víctima, heredera o no del perjudicado inicial, para obtener la satisfacción de su propio daño.”<sup>6</sup>*

Por su parte, el tratadista Javier Tamayo Jaramillo<sup>7</sup>, se ha referido a esta acción en los siguientes términos:

*“Como su nombre lo indica, la acción hereditaria está encaminada a que los herederos del fallecido cobren, en su condición de tales, los perjuicios sufridos por la víctima directa del daño, poco importa que esta hubiera iniciado o no la demanda de responsabilidad.*

*Para el ejercicio de la acción hereditaria ha de tenerse en cuenta que la herencia es una comunidad sobre una masa de bienes, y, como tal, cada heredero puede ejercer a favor de la herencia todas las acciones pertinentes sin que sea necesaria la concurrencia de todos los herederos; pueden demandar: uno solo, todos, o solo algunos.”.*

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia CS 084 de mayo 18 de 2005, magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar, expediente 14415.

<sup>7</sup> Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil Tomo II, De los perjuicios y su indemnización*, Bogotá, Temis, 1986. p. 415

Tenemos entonces que la diferencia palmaria entre estas acciones consiste en que en la acción personal quien sufre el daño es quien demanda su reparación, mientras en la acción hereditaria se pide la reparación del daño sufrido por el causante, quien por el hecho de la muerte transmite su derecho de demandar a sus herederos.

Esto tiene sentido en la medida que la muerte es un hecho jurídico que no extingue la obligación genérica de indemnizar cuando se irroga un daño a otra persona, ni las obligaciones contractuales, a menos que se haya estipulado así por las partes y que dicha estipulación sea jurídicamente válida.<sup>8</sup>

Ahora bien, debemos aclarar que en la acción hereditaria los herederos ocupan el lugar de la víctima y pueden pedir para la sucesión la reparación de todos los daños indemnizables sufridos por el causante, como puede ser el daño moral, el daño a la salud (antes llamado en la jurisprudencia administrativa daño fisiológico, a la vida de relación o de alteración a las condiciones de existencia), el daño al proyecto de vida, el daño patrimonial en las modalidades de daño emergente y el lucro cesante y lo del daño fuente o evento que viene abriéndose camino en la jurisprudencia nacional.<sup>9</sup> Lo mismo ocurre en lo que concierne a las acciones contractuales que hubiese podido pedir el causante.

El presupuesto de la acción hereditaria es la existencia de una sucesión, esto es, la muerte de una persona respecto de la cual, en virtud del artículo 1013 del Código Civil se defiere de manera inmediata o condicional, la herencia o legado. No debemos confundirla con el concepto procesal, que se refiere al trámite liquidatorio notarial o judicial de sucesión.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> El artículo 1625 del Código Civil establece la forma de extinción de las obligaciones: por convención de las partes interesadas, por pago, novación, transacción, remisión, compensación, confusión, por la pérdida de la cosa que se debe, por la declaración de nulidad o rescisión, por el evento de la condición resolutoria y por prescripción.

<sup>9</sup> El daño fuente o evento tiene su génesis en la doctrina italiana y en términos muy generales puede entenderse como el daño irrogado a un derecho en sí, a diferencia del daño consecuencia que es lo que tradicionalmente se ha indemnizado en nuestro ordenamiento jurídico, como son los perjuicios morales para los familiares de la víctima directa. La indemnización de este rubro ha sido constante y pacífico en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de graves violaciones a los derechos humanos. Así, en todas las sentencias de la Corte, además de los perjuicios morales y materiales irrogados a los familiares de la víctima, se determina una indemnización para la persona fallecida por la vulneración de su derecho a la vida, aunque su muerte haya sido instantánea. Esta reparación se reparte según las reglas de la sucesión o bien puede la sentencia establecer el orden de distribución.

<sup>10</sup> **ARTICULO 1013. DELACION DE ASIGNACIONES.** *La delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla. La herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente; o en el momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional. Salvo si la condición es de no hacer algo que dependa de la sola voluntad del asignatario; pues en este caso la asignación se defiere en el momento de la muerte del testador; dándose por el asignatario caución suficiente de restituir la cosa asignada con sus accesiones y frutos, en caso de contravenirse a la condición. Lo cual, sin embargo, no tendrá lugar cuando el testador hubiere dispuesto que mientras penda la condición de no hacer algo, pertenezca a otro asignatario la cosa asignada.*

También es importante reseñar que la acción hereditaria y la acción personal pueden acumularse perfectamente, pues nada se opone a que el heredero pretenda en el mismo juicio la reparación de los daños irrogados a su causante y la reparación de los propios. Sin embargo, esto que tiene que ver con el concepto de simple economía procesal, no era posible cuando del contrato de transporte se trataba. En efecto, el artículo 1006 del Código de Comercio<sup>11</sup> establecía la inviabilidad de acumular en un mismo proceso la acción contractual y la extracontractual, lo cual sí era posible en los demás contratos en los cuales se pretendiese la existencia de ambos regímenes de responsabilidad. Afortunadamente, esta norma absurda, en nuestro sentir, dejó de regir a partir del primero de enero de 2014, en virtud del artículo 626 literal c) en concordancia con el 627 numeral 6 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012.

Habría que aclarar además que mientras estuvo vigente, la norma del Código de Comercio prohibía la acumulación procesal de ambas acciones, más no el ejercicio simultáneo o sucesivo de las mismas; esto es, nunca prohibió el pago de los perjuicios irrogados tanto en calidad de heredero como a título personal.

Adicionalmente, la acción hereditaria también puede ejercerse en el transcurso de un proceso ya iniciado por el causante a partir de la denominada sucesión procesal que consagraba el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970), pues si un litigante fallece, el proceso podrá continuar con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador. Esta norma fue sustituida por el artículo 68 del Código General del Proceso, conservando la misma filosofía que la disposición anterior.

Cuando el cónyuge puede ejercer la acción hereditaria debe entenderse que, por aplicación del principio de igualdad, se extiende al compañero (a) permanente e incluso a la pareja del mismo sexo.<sup>12</sup> Sin embargo, el cónyuge según la legislación civil no está llamado a suceder sino hasta el segundo o tercer orden hereditario, situación que puede generar inconvenientes. Por ejemplo, en el caso de la destrucción de un bien adquirido en vigencia de la sociedad conyugal y que está en cabeza del causante, el cónyuge de un segundo matrimonio en el que no se procrearon hijos, estaría en una situación muy desfavorable frente a los hijos del primer matrimonio del causante, si existieren.

Evidentemente esta persona tiene interés en el proceso a partir de la cuota parte que le correspondería en la sociedad conyugal, sin embargo, no está llamada a

<sup>11</sup> El artículo original del C. Co decía: *ARTÍCULO 1006. Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual transmitida por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente. En uno y otro caso, si se demuestra, habrá lugar a la indemnización del daño moral.*

<sup>12</sup> Esto en virtud de la ratio decidendi sentencia C-238 de 2012, que declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 1040, 1046, 1047 y 1233 del C.C.

sucedir y por lo tanto no podría acudir en principio a la figura del artículo 2342 del CC.

Pensamos que en este caso la persona afectada debe iniciar el proceso liquidatorio de sucesión y ante la inexistencia del bien que pertenecía a la sociedad conyugal o patrimonial debe pedir que se le adjudique el derecho de acción en la cuota que le corresponda y demandar posteriormente, pero no ya como heredero sino a título personal, conforme al artículo 667 del Código Civil en concordancia con el artículo 1781.<sup>13</sup>

En el ejemplo citado, si el causante ya había iniciado la demanda de responsabilidad civil y muere en el transcurso del proceso, parece que el cónyuge, compañero (a) o pareja del mismo no tendría opción de hacerse parte del mismo, pero como la sentencia no produciría efectos frente a él, podría demandar de manera independiente su propio daño.

Ahora bien, situación diferente se presentaría si el cónyuge, compañero (a) o pareja del mismo sexo tuviese derecho a la porción conyugal,<sup>14</sup> caso en el cual tendría derecho a la legítima rigurosa de uno de los descendientes, en caso de haberlos, o la cuarta parte de los bienes del difunto en todos los demás órdenes de sucesión. Ello porque, en nuestro concepto, el artículo 1236 del Código Civil lo habilita para que sin ser heredero en sentido estricto, pueda hacer uso de la acción hereditaria no solo extracontractual sino contractual.

Quisiéramos mencionar además que la calidad de heredero puede demostrarse de varias formas; al respecto, la jurisprudencia ha precisado:

*“(...) debe, pues, quien invoca el título de heredero, aportar copia del testamento, debidamente registrada, en que se le instituyo asignatario, o copia de las actas del estado civil que demuestran su parentesco con el difunto, vínculo que se deriva su derecho sucesorio, pues como lo estatuye el artículo 1298 del Código Civil, la herencia queda aceptada expresamente por quien toma el título de heredero. También puede demostrarse esta calidad, con copia del auto dictado dentro del respectivo proceso sucesorio, en que se haya declarado que se le reconoce esta calidad a la persona que la invoca”<sup>15</sup>.*

<sup>13</sup> ARTICULO 1781. COMPOSICION DE HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL> El haber de la sociedad conyugal se compone:

[...]

4 .) De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante el adquiere; quedando obligada la Sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición.

5.) De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso.

6.)...

<sup>14</sup> Esto conforme a la sentencia C-283 de 2011 de la Corte Constitucional que declaró condicionalmente exequibles los artículos 1016 -5, 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil.

<sup>15</sup> Sentencia T-917 de 2011 de la Corte Constitucional, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente T-3.146.065. Cita para el efecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente Carlos Esteban Jaramillo Schloss, mayo 13 de 1998, Exp

Hay que aclarar que las partidas eclesiásticas de nacimiento demuestran el parentesco para las personas nacidas antes del 26 de mayo de 1938, posterior a ello se requiere la respectiva copia del folio de nacimiento con la firma de reconocimiento si se trata de hijos extramatrimoniales o el registro civil y el registro civil de matrimonio para hijos concebidos dentro del matrimonio; adicionalmente el testamento, la copia del auto que reconoce la calidad de heredero, la copia del trabajo de partición y adjudicación y la sentencia aprobatoria de la partición también prueban tal calidad.

En el último caso, cuando la sentencia de sucesión está en firme, el heredero deja de serlo y adquiere el derecho de dominio sobre la cosa adjudicada en el caso de los bienes muebles no sujetos a registro, en los demás casos, trátense de muebles o inmuebles sujeto a registro, se requiere la tradición para ser dueño.

Piénsese en la persona a quien le fue adjudicado mediante sentencia un predio en el cual fueron destruidos unos cultivos del causante, pero no se ha hecho el registro en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Consideramos que si quiere pedir la indemnización de perjuicios debe acudir, así aún no sea dueño, a la acción personal y no a la hereditaria, pues con la sentencia en firme desaparece la universalidad jurídica sobre la masa de bienes del causante.

Nuestra normatividad civil establece dos formas de sucesión por causa de muerte; quien hereda a título universal se denomina heredero; quien hereda a título singular se denomina legatario. Por lo anterior surge la duda en relación a la posibilidad de que un legatario haga uso de la acción hereditaria para ejercer los derechos que hubiese podido ejercer el causante. Por ejemplo, cuando el bien dejado como legado ha sufrido juicios por evicción o redhibitorios. Obviamente el legatario podrá acudir a pedir el saneamiento, ¿Pero debe hacerlo mediante la acción personal o la acción hereditaria?

Cuando las normas civiles autorizan a los herederos para ejercer ciertas acciones judiciales, bien puede suceder que utilice el término en sentido lato, quedando incluidos los legatarios en el concepto; contrario sensu, podríamos pensar que los excluye, dado que el legatario se limita a adquirir un activo y puede considerarse un acreedor de la sucesión.

La clave de la solución a este punto la encontramos en los artículos 1011 y 1120 del Código Civil, que establece una clara diferenciación entre heredero y legatario, asimilando al segundo a un acreedor de la sucesión cuando su deuda solamente consta en el testamento, lo que da a entender la finalidad del legislador. Igual situación encontramos al hacer una lectura armónica de los artículos 1008, 1155 y 1162 del C.C. Así siempre será legatario, aunque se le llame heredero, a quien se

---

4841 y la Sentencia de Octubre 13 de 2004, Exp 7470, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

asigne un bien en particular y heredero quien tenga derecho a una cuota parte de la masa de bienes.

Finalmente hay que señalar que no todos los derechos entran en sucesión, como los derechos reales personalísimos de Uso y habitación, que se extinguen con la muerte, y aquellos que tienen un régimen especial, verbigracia, las indemnizaciones de las pólizas de seguro, cuyos derechos se adquieren no por ser heredero sino beneficiario. Esto no quiere decir que si el causante no pueda transmitir el derecho al resarcimiento a sus herederos cuando se le ha causado un daño a uno de estos derechos, verbigracia, cuando se le impidió ejercer el derecho real de Uso, pues una cosa es el derecho en sí y otra el derecho al resarcimiento, que siempre se transmite.

## **2. LA PRUEBA DE LA MUERTE COMO PRESUPUESTO DE LA ACCIÓN HEREDITARIA**

### **2.1. Acreditación de la muerte en la jurisprudencia nacional**

La muerte del causante pareciera ser un presupuesto de perogrullo cuando de acciones hereditarias hablamos, pues a raíz de dicho acontecimiento se defiere de manera inmediata o condicional la sucesión a los herederos, independientemente del conocimiento que estos tengan de tal situación.<sup>16</sup> Sin embargo, es importante diferenciar cuando la ley se refiere a los conceptos de sucesión en términos sustanciales (artículo 1013 del C.C.), o en términos adjetivos, esto es, al proceso notarial o judicial de sucesión.

A su vez es importante señalar que el artículo 5 del Decreto 1260 de 1970 establece que los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas requieren la solemnidad de la inscripción en el respectivo registro civil, por lo que en principio la muerte solo puede ser probada mediante este documento; no obstante, la jurisprudencia ha morigerado dicha exigencia en ciertos eventos.

En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que era viable ordenar la reparación a los familiares de una víctima civil que falleció en medio de un enfrentamiento entre la fuerza pública y la guerrilla, aunque no se allegó al proceso el respectivo registro civil de defunción. Para la corporación existen

<sup>16</sup> *ARTICULO 1013. DELACION DE ASIGNACIONES. La delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla. La herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente; o en el momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional. Salvo si la condición es de no hacer algo que dependa de la sola voluntad del asignatario; pues en este caso la asignación se defiere en el momento de la muerte del testador; dándose por el asignatario caución suficiente de restituir la cosa asignada con sus accesiones y frutos, en caso de contravenirse a la condición. Lo cual, sin embargo, no tendrá lugar cuando el testador hubiere dispuesto que mientras penda la condición de no hacer algo, pertenezca a otro asignatario la cosa asignada.*

razones constitucionales que justifican limitar los alcances del artículo 105 del Decreto 1260 de 1970,<sup>17</sup> pues la exigencia de dicha formalidad afectaría el derecho de los demandantes a la reparación del daño sufrido, al debido proceso y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal porque la ausencia de dicho documento no es imputable a los demandantes dado que dicho registro no existe y, ante tal circunstancia, también era inútil acudir a las facultades oficiosas que la ley atribuye al juez en materia probatoria. Por ello, se valoraron las pruebas testimoniales y documentales que acreditaban el fallecimiento.

En la misma providencia se reseñó que el estado civil y

*“concretamente la muerte de una persona, puede probarse mediante certificación expedida por cualquier autoridad pública –distinta a aquella legalmente encargada de la inscripción en el registro civil– que tenga conocimiento del hecho, en aquellos casos en los cuales no se tiene copias del registro civil respectivo por razones no imputables a la parte interesada en que se pruebe el fallecimiento. Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha admitido como prueba suficiente del fallecimiento de una persona determinada alguno de los siguientes documentos: (i) acta del levantamiento del cadáver; (ii) constancia de defunción suscrita por el médico tratante; (iii) informe oficial elaborado por una autoridad pública.”*

El fallo aludido cita la posición de la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>18</sup>, el cual

*“ha señalado –aunque no de forma unánime– que cuando es necesario establecer el parentesco para extraer de allí consecuencias jurídicas distintas a las propias del estado civil, la ausencia –por motivos de fuerza mayor– del correspondiente folio o partida del registro civil puede suplirse con otros medios probatorios debido a que el ámbito de las relaciones familiares es distinto al supuesto correspondiente al estado civil”*

En conclusión, es posible valorar pruebas supletorias de la muerte o del estado civil de las personas cuando quien tiene la carga de probar estos supuestos no lo consiguió por razones que no le son imputables; cuando se aduzcan para extraer de allí consecuencias distintas a las propias del estado civil, o incluso si ello es lo que se pretende, cuando existen razones constitucionalmente imperiosas que lo justifiquen, como amparar transitoriamente un derecho fundamental como la salud o el debido proceso.

<sup>17</sup> Sentencia del Consejo de Estado del 22 de marzo de 2012, radicado 23001–23–31–000–1997–08445–01(22206), con ponencia del doctor Danilo Rojas Betancourth, actor: Inés Domicó contra Ministerio de Defensa– Ejército.

<sup>18</sup> Sentencia del 22 de enero de 2008; rad. 2007–00163–00(PI). C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y Sentencia del 1 de diciembre de 2008; rad. 2007–00820–01. C.P. Filemón Jiménez Ochoa. Decisiones proferidas en procesos de pérdida de investidura por relaciones de parentesco como causal de inhabilidad para el ejercicio del cargo de congresista o diputado. En estos casos no se aportaron al proceso los registros civiles que acreditaban las inhabilidades por razones de fuerza mayor (destrucción y desaparición de los archivos correspondientes); sin embargo se accedió a la pérdida de la investidura en ambas demandas.

Consideramos que la postura del Consejo de Estado es acertada dado que se ha aplicado en procesos en los que se discuten inhabilidades para cargos de elección popular o en acciones de Reparación Directa, hoy llamadas medio de control de Reparación Directa. En el primer caso es obvio que debe primar el concepto de verdad material y derecho sustancial frente a la postura formalista de que el parentesco solo podría acreditarse por el registro civil o la partida de bautismo para las personas nacidas antes de 1938<sup>19</sup>, porque el fondo de la discusión recae en el derecho a ser elegido popularmente.

En el caso de las demandas de responsabilidad del Estado, de vieja data se ha aplicado para el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales en cualquiera de sus denominaciones el criterio de tercero damnificado o perjudicado y la prueba solemne del parentesco no hace más que habilitar la presunción de afectación, por lo que en caso de no existir dicha prueba bien puede acudir a los otros medios probatorios.

En relación a la acreditación de la muerte existen matices adicionales sobre todo si se tiene en cuenta la complejidad de la situación de los derechos humanos en Colombia y la dificultad en ciertas zonas del país para acceder a las oficinas que cumplen la función de registro civil, por lo que en la práctica, en muchas regiones del país la población campesina sigue utilizando las partidas de bautismo y defunción como prueba del nacimiento y de la muerte de las personas.

En algunos casos litigados ante la jurisdicción contenciosa se negaban las pretensiones de la demanda por no acreditar el daño (muerte) con el respectivo registro civil, no obstante existir abundante prueba testimonial sobre la ejecución de una persona y la respectiva partida canónica de defunción. Esta circunstancia evidentemente iba en detrimento del derecho al acceso de mecanismos de protección judicial efectiva, pues las víctimas cargaban con la ineficiencia del Estado, ya que las autoridades en ocasiones no hacían presencia en el sitio de los hechos, ni se realizaba la diligencia de levantamiento del cadáver, lo que impedía no solo la inscripción de la muerte sino el acceso a la reparación de las víctimas. Afortunadamente en la última década se ha empezado a construir un nuevo paradigma en el cual priman los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos sobre cualquier tipo de disposición formalista.

## **2.2. La acreditación de la muerte para el ejercicio de la acción hereditaria en la Ley de Víctimas**

En la Ley 1448 de 2011, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, encontramos aspectos interesantes que podrían incidir en la conceptualización de la acción

<sup>19</sup> La Ley 92 de 1938 otorgó a los notarios y alcaldes la función de registro civil de las personas.

hereditaria<sup>20</sup>. En efecto, las víctimas del conflicto armado interno por hechos ocurridos entre enero de 1985 y el 10 de junio de 2021 son beneficiarios de esta normatividad transicional y pueden demandar la reparación administrativa<sup>21</sup> y la restitución jurídica y material de los predios despojados y abandonados por acción de los grupos armados, pero en este último caso solo cuando el despojo o abandono se produjo con posterioridad al primero de enero de 1991.

Respecto al tema de la restitución de tierras el artículo 8o de la ley establece que la legitimación para demandar está en cabeza de los propietarios, poseedores o explotadores de baldíos que hayan sido despojados de predios o que se hayan visto obligados a abandonarlos por los hechos victimizantes de que trata el artículo tercero de la ley, como también su cónyuge, compañero(a) permanente con quien se convivía al momento en que ocurrió el despojo o el abandono forzado.<sup>22</sup> Creemos además que esta disposición debe aplicarse por principio de igualdad a la pareja del mismo sexo, pues no hay razón para excluirlos conforme a la ratio decidendi de la sentencia C-238 de 2012, ya reseñada.

El aspecto interesante para lo que toca con la acción hereditaria se empieza a esbozarse en el inciso tercero del artículo citado que dice:

*“Cuando el despojado, o su cónyuge o compañero o compañera permanente hubieran fallecido, o estuvieren desaparecidos podrán iniciar la acción los llamados a sucederlos, de conformidad con el Código Civil, y en relación con el cónyuge o el compañero o compañera permanente se tendrá en cuenta la convivencia marital o de hecho al momento en que ocurrieron los hechos”.*

Esta hipótesis puede operar de varias formas: 1. Cuando muere el despojado directo y le sobrevive el cónyuge o compañero (a) permanente; 2. Cuando muere el cónyuge o compañero (a) permanente y sobrevive el despojado directo y, 3. Ambos mueren.

<sup>20</sup> La Ley de Víctimas y Restitución reconoce los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del conflicto armado interno en Colombia, los cuales se hacen efectivos por medio de diversas medidas compensatorias como la reparación por vía administrativa, la restitución de tierras y vivienda en las modalidades de equivalencia o compensación, los planes de condonación de impuestos y créditos, etc. En un segundo grupo encontramos lo que se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia internacional, las garantías de no repetición y las medidas de satisfacción, aunque muchas de ellas comparten esa doble dimensión; encontramos allí la sanción penal a los responsables de los hechos, el desmantelamiento de grupos armados, la búsqueda de la convivencia nacional, el esclarecimiento de la verdad histórica, los actos de dignificación de la memoria de las víctimas y reparaciones simbólicas en general.

<sup>21</sup> Esta media solo es aplicable a las víctimas de hechos ocurridos con posterioridad al primero de enero de 1985. No obstante, el artículo 155 del Decreto Reglamentario 4800 de 2011, dispuso que aunque no se incluye en el registro único de víctimas a las personas afectadas por hechos ocurridos con anterioridad a 1985, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación de Víctimas podrá concederles la reparación individual por vía administrativa siempre y cuando cumplan con los requisitos del Decreto 1290 de 2008.

<sup>22</sup> La legitimación por activa del cónyuge o compañero (a) no requiere que el propietario o el poseedor del predio falte, lo que en principio los pone en igualdad de condiciones y podría generar conflicto de intereses, como sucedería cuando uno de ellos pida la restitución efectiva y el otro por compensación.

En estas tres hipótesis estaríamos frente al ejercicio de la típica acción hereditaria, la cual podría confluir de manera simultánea con la acción personal en las dos primeras hipótesis y el heredero podrá pedir, en principio, la restitución del predio para la sucesión y el cónyuge o despojado directo para sí, dado que la ley les otorga legitimación por activa de manera independiente. Esto, que en principio pudiera crear inconvenientes, tiene solución, como veremos más adelante, en las facultades que la ley le otorga al juez de restitución y en el contenido del fallo.

La acreditación de la muerte se hará mediante el respectivo registro civil de defunción, o en su defecto, conforme a la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado, con las pruebas supletorias pertinentes.

Sin embargo, la norma trae una disposición verdaderamente novedosa y podría considerarse un cambio de paradigma en lo que se refiere a la legitimación por activa y la necesidad de acreditar la muerte para el ejercicio de las acciones hereditarias. En efecto, en la hipótesis de la desaparición forzada del despojado directo, su cónyuge o compañero (a) permanente, o pareja del mismo sexo, la norma habilita a sus herederos para ejercer la acción de restitución de tierras, esto es, no se requiere probar el hecho de la muerte para que los llamados a suceder puedan pedirla, pues bastará probar la desaparición bajo el esquema de presunción de buena fe de las víctimas y de libertad probatoria. Entonces, la respectiva denuncia penal o la prueba testimonial sobre la desaparición serán suficientes para habilitar la legitimación por activa de los herederos; pero, ¿Para quién debe pedir la persona llamada a suceder? ¿Para el desaparecido?, ¿Para él a título personal?, ¿Para la sucesión de quien no se sabe si ha muerto?

La finalidad de la norma es la protección del derecho fundamental de restitución y reparación de las víctimas de estas conductas delictivas, quienes no tendrán que iniciar tediosos procesos de presunción de muerte, los cuales implican gastos de publicaciones en la prensa y radio, pago de curadores y gestiones que en la mayoría de los casos se han constituido en un obstáculo para el acceso a la reparación administrativa y judicial de estas personas en estado de vulnerabilidad manifiesta.

Podría pensarse que se trata de una acción hereditaria atípica y en tal caso cualquier heredero estaría facultado para demandar al igual que se ha entendido el artículo 2342 del Código Civil, o una representación por virtud de la ley de quien está ausente, en todo caso la legitimación está en cabeza de las personas llamadas a suceder y, en nuestro concepto,

Sin embargo, desde el punto de vista de la lógica jurídica sería difícil concebir que los herederos del desaparecido actúan a favor (no en representación) de una sucesión que posiblemente ni siquiera existente, más si tenemos en cuenta que el patrimonio es un atributo de la personalidad, potencial, inseparable e inalienable

que solo termina con la muerte de la persona, al menos desde el punto de vista de las tesis subjetivistas.

Otra explicación podría hallarse afirmando por el imperativo de la ley se otorga a los herederos una especie de representación de quien estaba ausente y mientras dure su ausencia, caso en el cual estaremos bajo una hipótesis diferente a la acción hereditaria. Sin embargo, esto no se ajustaría al fin de la ley, cual es solucionar definitivamente la situación de los inmuebles despojados, los representantes herederos no tendrían facultad de disposición mientras no asuman un proceso de presunción de muerte, el juez no podría realmente asignar la administración a un heredero en desmedro de los demás porque la ley los pone en igualdad de condiciones.

Por lo anterior, optamos por la tesis de la acción hereditaria atípica y entramos a estudiar los efectos de dicha postura.

### 3. EFECTOS DEL NUEVO PARADIGMA DE LAS ACCIONES HEREDITARIAS

#### 3.1. En la formulación de las pretensiones

La acción hereditaria toca también de manera muy estrecha con el concepto procesal de legitimación por activa. Al respecto el profesor Juan Carlos Henao<sup>23</sup> (1998) ha dicho:

*“[...] pues por ejemplo, en el evento en el cual se haya destruido un automóvil que pertenecía a la hija fallecida, “los demandantes, en condición de padres con la cual comparecen al proceso, no sufren daño alguno por la destrucción del bien de cuya propiedad es titular su hija mayor de edad.” Esta solución jurisprudencial se explica porque “quien adquiere derechos herenciales no los puede radicar en un bien determinado, pues ellos vinculan a la comunidad que se forma con motivo de la muerte del causante”, por lo que debe entonces pedir a nombre de dicha comunidad, salvo que se haya realizado la partición de bienes de la sucesión, momento en el cual debe pedir en nombre propio.*

*La solución jurisprudencial que se ha estudiado es igual cuando existe, en general, una comunidad, en la que sus miembros no pueden pedir a título personal, porque “si las comuneras no elevaron las pretensiones indemnizatorias a favor de la comunidad y sí a nombre propio, se impone revocar la sentencia y en su lugar denegar las súplicas de la demanda por falta de legitimación por activa” .*

No obstante lo anterior, consideramos que en el proceso especial restitución de tierras despojadas y abandonadas no importa realmente como pida el heredero

<sup>23</sup> Henao, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, 1ª Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998. pp. 108-109

de la persona fallecida o desaparecida, como se explicó anteriormente; bien puede hacerlo para la sucesión, a título personal en relación a la cuota parte del derecho que le correspondería en el predio o para sí en su totalidad. Esto que en un proceso civil o contencioso administrativo daría al traste con la demanda, no tiene mayor importancia en este procedimiento, dado que la ley le otorga facultades superlativas al juez que no ha tenido ninguno otro en la tradición jurídica del país. No obstante, creemos que en la hipótesis de desaparición forzada se deberán tomar las medidas pertinentes en caso de aparecer con vida la víctima directa.

Según el artículo 89 de la ley 1448 de 2011, el Juez de restitución de tierras puede proferir fallo tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, sin necesidad de decretar o practicar las pruebas solicitadas; según el artículo 91 tiene competencia para solucionar absolutamente todos los aspectos jurídicos del predio, incluso los relacionados con trámites administrativos o notariales que lo afecten; para ello, en la sentencia se pronunciará sobre la declaración de pertenencia o adjudicación de baldíos los aspectos relativos a la propiedad, posesión u ocupación (en caso de baldíos) del predio objeto de la demanda y decretará las compensaciones a que hubiera lugar a favor de los opositores que prueben buena fe exenta de culpa; sobre la transferencia del bien despojado al Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas cuando sea imposible restituirlo al demandante y decidirá sobre la declaratoria de nulidad de las decisiones judiciales y de los actos administrativos que por efectos de la sentencia pierdan validez jurídica, entre otras.

Independientemente de la constitucionalidad de algunas de las disposiciones anotadas, nada se opone en nuestro concepto a que el juez de restitución pueda y deba solucionar los conflictos entre los herederos que solicitan la restitución, pudiendo adjudicar para el efecto las cuotas partes, hacer la partición y en general, como dice la ley, resolver sobre absolutamente todo lo relacionado con el predio cuya restitución se solicita.

Pero adicionalmente hay que tener en cuenta, como ya subrayamos, el aspecto transicional de la ley, la cual tiene como finalidad principal servir de mecanismo para la superación del conflicto, por ello todos los obstáculos formales y aún sustanciales que se presenten deben ser subsanados y corregidos por el juez siempre en aras de la aplicación del derecho material.

Sin embargo, el inciso tercero del artículo 80 de la Ley 1448 de 2011, ya citado es, al menos, inequitativo al otorgar legitimación por activa para demandar la restitución de tierras a los herederos del despojado directo, de su cónyuge o compañero (a) o pareja del mismo sexo sin entrar a diferenciar entre los herederos en los que confluye la condición de víctimas de aquellos que no lo son. Piénsese en el caso de un matrimonio que tuvo que salir de su predio con sus hijos por el fenómeno de la violencia y posteriormente se separan, procreando uno de ellos

hijos con una pareja posterior. Al morir cualquiera de ellos quedarían en igualdad de condiciones los herederos que fueron víctimas del despojo o abandono con aquellos que nacieron posteriormente, y en tal caso ambos pueden solicitar la restitución del bien incluso con pretensiones contradictorias.

Y es que en según el artículo 72 de la ley de víctimas solo existen tres posibilidades de restitución: la jurídica y material, la restitución por equivalencia y la compensación económica, esta última solamente en caso de no ser posibles las dos primeras. Adicionalmente, el despojado o la persona obligada al abandono forzado de sus bienes no podrán optar a voluntad por esta última modalidad.

La restitución por equivalencia solo es viable cuando el inmueble a restituir se encuentre en zona de alto riesgo de inundación o de desastre natural; cuando haya sido restituido a otra víctima despojada del mismo bien; cuando la restitución efectiva implique riesgo para la vida o la integridad personal o familiar del despojado y cuando a raíz de la destrucción parcial o total del bien sea imposible su reconstrucción en condiciones similares a las que tenía antes del despojo.

Creemos que en este caso deben primar las pretensiones de restitución de quienes tienen la doble condición de víctimas y herederos, al menos cuando de la restitución por equivalencia o material se trate, pues en el caso de la restitución por compensación simplemente se haría el reparto de acuerdo a las cuotas hereditarias.

### 3.2. En relación a los honorarios profesionales

La acción hereditaria no requiere el acuerdo previo de todos los herederos para su ejercicio, ni acuerdo sobre la forma en que va a administrarse la masa de bienes; el tratadista, Javier Tamayo Jaramillo<sup>24</sup>, en relación al tema dice:

*“Para el ejercicio de la acción hereditaria ha de tenerse en cuenta que la herencia es una comunidad sobre una masa de bienes, y, como tal, cada heredero puede ejercer a favor de la herencia todas las acciones pertinentes, sin que sea necesaria la concurrencia de todos los herederos; pueden demandar: uno solo, todos, o solo algunos. Eso sí, al demandante en ejercicio de la acción hereditaria, en la demanda se debe expresar con absoluta claridad que se actúa en calidad de heredero, y reclamando el perjuicio que sufrió el causante. Puede ocurrir que un solo heredero reclame todo el perjuicio sufrido por el causante, y que los otros herederos no concurren al proceso. En tal caso, el pago que haga el responsable del daño es perfectamente válido y el heredero que cobró será responsable ante los demás, según las reglas de la comunidad y de la partición en el proceso de sucesión.”*

<sup>24</sup> Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil Tomo II, De los perjuicios y su indemnización*, Bogotá, Temis, 1986.

Esto es acorde al concepto de sucesión como comunidad a título universal <sup>25</sup>.

*“Si al fallecer el causante existen varios herederos, al ser considerada la herencia como una universalidad, es decir, un conjunto de derechos patrimoniales que pertenecían al causante, los causahabientes, son todos titulares el derecho de herencia, universalidad jurídica. Surge entonces, al abrirse la sucesión, entre todos los herederos, la comunidad a título universal sobre una cosa incorporal, sobre una universalidad de bienes, que es lo que diferencia la comunidad hereditaria de la comunidad ordinaria. (p. 267).*

Al no existir titularidad de derechos sobre cada uno de los bienes determinados, surge para los herederos la facultad, no de actuar en representación de la sucesión, pues esta no es una persona jurídica, sino en calidad de heredero pidiendo para la sucesión. Adicionalmente, en el transcurso del tiempo pueden surgir tanto activos como pasivos nuevos para esta comunidad de bienes, los cuales pueden ser producto del giro ordinario en la administración de los mismos, de acciones judiciales o extrajudiciales que resulten favorables, de la pérdida o destrucción de cosas, entre otras.

Estos activos y pasivos son diferentes a los de la sucesión, los cuales existen hasta el momento de la muerte, aunque se ha considerado que hay gastos posteriores que pueden incluirse dentro del pasivo como ocurre con los gastos funerarios, gastos de publicación del testamento y honorarios de albacea y secuestre.

El artículo 2322 C.C. regula la administración de la comunidad universal llamada herencia, de donde se colige que el activo y el pasivo pueden ser variables, lo que en todo caso faculta al administrador a realizar todos los actos acordados con los demás herederos y en caso de no existir acuerdo, podrá este hacer todos los actos que pertenezcan al giro ordinario del negocio, como pagar deudas, adquirir materia prima, etc.; pero también podrá ejercer todas las acciones judiciales como perseguir en juicio a los deudores o a aquellos que han irrogado daños, ejercer acciones posesorias, contractuales, y en general todas las que existan. Empero esta facultad no es exclusiva del administrador y consideramos que en caso de éste no ejercerla lo podría hacer cualquiera de ellos.

Por su parte, Lafont Pianetta<sup>26</sup> afirma que:

*“...los nuevos derechos y obligaciones que surjan con ocasión de la administración de la comunidad herencial no entran a formar parte de esta para efectos de su liquidación dentro del proceso de sucesión, ya que solamente se tiene en cuanta el estado de aquel patrimonio al momento de la muerte del causante. Con todo, en tales activos y pasivos también*

<sup>25</sup> Cardona Hernández, Guillermo. *Tratado de Sucesiones*, Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2004.

<sup>26</sup> Lafont Pianetta, Pedro. *Derecho de Sucesiones, tomo I. Parte General*, 9a Ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2010. 397

*se presenta una comunidad derivada de la administración de la herencia. Lo relativo a los frutos, de los cual hablamos, nos demuestran nuestra afirmación (art. 2328 C.C.). En cuanto a las deudas contraídas en pro de la comunidad durante ella, no es obligado sino el comunero que los contrajo; el cual tendrá acción contra la comunidad para el reembolso de lo que hubiere pagado por ella...”*

Adicionalmente, no se puede perder de vista que la administración de la herencia se hace conforme a las reglas del cuasicontrato de comunidad y según el artículo 2324 del Código Civil establece que cada uno de los comuneros es obligado a las deudas de la cosa común, como los herederos en las deudas hereditarias.

Entonces, los gastos como honorarios profesionales de los abogados o de cualquier otro profesional, gastos necesarios de mantenimiento y conservación, gravan la masa hereditaria y cada uno de los herederos el obligado al pago de dichas deudas hasta concurrencia de su cuota hereditaria. Por ello, cuando un abogado, con poder de uno solo de sus herederos recupera el valor del bien perdido, sea en una acción contractual o extracontractual, puede cobrarle a quien le dio el poder la totalidad de los honorarios pactados y el heredero está facultado por la ley para hacer dicho pago aunque el mismo exceda lo que le correspondería en su cuota parte. Si hace el pago con bienes propios podrá cobrar a los otros herederos en proporción a sus cuotas, pero si hace el pago con parte del bien recuperado o con la indemnización obtenida puede con este pagar de allí la totalidad de los honorarios, caso en el cual cada heredero quedará directamente gravado con el pasivo en su cuota parte.

Por ejemplo, mediante la acción hereditaria por responsabilidad civil extracontractual (artículo 2.342 del CC) un heredero obtiene la indemnización por la pérdida de un bien de la sucesión en valor de 800 millones de pesos y había pactado honorarios a cuota litis en un 40% del valor del bien recuperado, siendo ocho herederos en total. Aquel que otorgó poder puede recibir el pago total sin concurrencia de los demás y puede hacer el pago de honorarios, en este caso por valor de 320 millones de pesos, aunque su octava parte es excedida en mucho por este pago. Deberá también responder a los otros herederos entregándoles su octava parte disminuida en la octava parte de los honorarios pagados.

Esto se aplica en principio a toda clase de procesos, pero hay que tener en cuenta que en los procesos especiales de víctimas de violaciones a los derechos humanos regulados por la Ley 1448 de 2011, el parágrafo primero del artículo 44 dispone:

*PARÁGRAFO 10. Cuando las víctimas voluntariamente decidan interponer recursos de tutela o acudir a la justicia contencioso administrativa, para obtener una reparación o indemnización por el daño sufrido, los apoderados o abogados que las representen en el proceso no podrán, en ningún caso, recibir, pactar o acordar honorarios que superen los dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el caso de las acciones de tutela, o de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en el caso*

*de las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa, incluyendo la suma que sea acordada como cuota de éxito, cuota litis, o porcentaje del monto decretado a favor de la víctima por la autoridad judicial. Lo anterior tendrá aplicación independientemente de que se trate de uno o varios apoderados e independientemente de que un proceso reúna a varias víctimas.*

Mediante sentencia C-609 de 2012, la Corte Constitucional declaró exequible la norma acusada; para ello tuvo en cuenta que las víctimas son en su mayoría las personas más vulnerables de la población; hizo una ponderación del carácter transicional de la ley, su vigencia temporal de diez años y los derechos y deberes de los abogados en un Estado Social de Derecho.

Entonces, cuando un heredero en ejercicio de una acción personal o de una acción hereditaria en favor de la sucesión de una persona víctima del conflicto armado interno mediante cualquiera de los medios de control que establece la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), instaura una demanda en contra del Estado, el apoderado debe tener en cuenta que sus honorarios se verán limitados por esta norma independientemente de la cuantía de la demanda.

En los demás casos, esto es, cuando se pretende resarcimiento en procesos en los cuales no se invoca la calidad de víctima del conflicto armado o esta circunstancia no tiene nexo de causalidad con el objeto de litigio se sigue aplicando la regla general en relación al cobro de honorarios, esto es, el porcentaje pactado a cuota litis, mixto o anticipado. En el primer caso, al no existir norma legal que limite el cobro de honorarios en Colombia, la jurisprudencia ha sostenido que dicha cuota no puede exceder del 50% del valor de lo obtenido y en todo caso debe tenerse como criterio auxiliar la tarifa de honorarios que fijan los colegios de abogados.

### **3.3. Frente a la cosa juzgada**

La sección Tercera del Consejo de Estado se ha referido a la institución de la cosa juzgada en estos términos:<sup>27</sup>

*“A la cosa juzgada o “res judicata” se le ha asimilado al principio del “non bis in idem”, y tiene por objeto que los hechos y conductas que han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes por cuanto lo decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, plena eficacia jurídica, es por ello que la cosa juzgada comprende todo lo que se ha disputado.*

<sup>27</sup> Sentencia de la Sección Tercera de octubre 19 de 2007, expediente 29.273, magistrado ponente Enrique Gil Botero.

Al respecto, esta Sala ha precisado lo siguiente:

*“Es claro que si se trata exactamente de las mismas partes que actuaron en el proceso anterior y que actúan en el nuevo, entonces sin duda se cumple este requisito, pese a que la norma lo que exige es la “identidad jurídica de partes”, lo que denota que físicamente no tienen que ser necesariamente las mismas personas. No se trata, pues, de una identidad física, sino jurídica. Para la Sala el objeto del proceso radica no sólo en las pretensiones sino también en la sentencia como un todo, pues la pretensión es sólo el petitum de la demanda, mientras que el proceso judicial también se ocupa de revisar los hechos en que el mismo se apoya, para definir si, en caso de ser ciertos tal como se plantean y se prueban, se pueda seguir una determinada decisión judicial. En este orden de ideas, resulta claro que lo sometido al proceso no es sólo la pretensión sino también los hechos que la fundamentan, resumidos en la sentencia que declara alguna de las posibilidades jurídicas planteadas en el proceso. La identidad de causa se refiere a que las razones fácticas por las cuales se demanda sean las mismas. De manera que cuando la causa de la demanda es la misma, se configura este tercer supuesto de la cosa juzgada. De no ser exactamente así, el proceso es diferente y no se configura esta institución procesal.”*

Si observamos los artículos 332 del Código de Procedimiento Civil; 175 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984); 303 del Código General del Proceso y 189 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), vemos que en todos ellos se exigen tres requisitos para que opere la cosa juzgada: coincidencia jurídica de las partes, identidad de causa petendi e identidad de objeto. Adicionalmente debe haber una decisión de fondo en firme que resuelva el litigio en esos tres aspectos.

Cuando uno o algunos herederos ejercen una acción hereditaria para el resarcimiento de los perjuicios causados a su causante, el fallo la vincula a la sucesión y no podría un heredero diferente intentar un nuevo pronunciamiento sobre los mismos hechos y con el mismo objeto.

Sin embargo, otros herederos podrán reclamar para la sucesión el resarcimiento del perjuicio ocasionado por el hecho dañoso siempre y cuando no haya sido pedido en el proceso inicial; por ejemplo, A en calidad de heredero de la sucesión de X demanda al Estado el pago de los perjuicios materiales causados por la destrucción de un inmueble que pertenecía al causante, mediante sentencia condenatoria el estado es obligado a pagar el valor del inmueble a la sucesión de marras. Por su parte, el heredero B demanda al Estado en proceso aparte para que pedir el perjuicio moral sufrido por el causante por la destrucción del mismo bien.

Aunque en el proceso inicial era posible pedir tanto el perjuicio moral como el material sufrido por el causante, nada obsta para que en nuestro ordenamiento se pueda hacer de forma simultánea en dos procesos diferentes o aún en un proceso

posterior. Aunque ambos procesos hayan sido iniciados por herederos diferentes, hay identidad jurídica de las partes en contienda, pues ambos actúan en calidad de herederos de la sucesión X; sin embargo, aunque los hechos y los fundamentos de derecho que se invocan en la demanda son los mismos, el objeto es diverso, pues en el primero se pretende el pago del perjuicio material y en el segundo el del moral sufridos el causante.

En otros ordenamientos como el español ello no sería posible pues existe la regulación de cosa juzgada virtual, al cual se refiere Cifuentes Smolko, relacionándola con conceptos como la eficacia procesal, economía procesal en nuestros términos, y la libertad de las partes para determinar el objeto del proceso<sup>28</sup>:

*“Cuando nos hemos referido a lo largo de esta investigación a la cosa juzgada hemos aludido a que ésta es aquella que se entraña tanto a partir de lo deducido y resuelto en un proceso como de lo deducible y no resuelto, pero a partir de esta aseveración nos parece oportuno hacer mención a la distinción que realiza De Padura, el autor señala la necesidad de discernir si la cosa juzgada cubre: Lo deducido en el proceso y resuelto en la sentencia; lo deducido y no resuelto; o no deducido y resuelto; y por último lo no deducido y no resuelto, esto es lo deducible.*

*... Serra Domínguez identifica por cuestiones no deducidas pero deducibles, aquellas que guarden un profundo enlace con el objeto principal del proceso, afirmando que éstas deben estar protegidas por la cosa juzgada: tanto si han sido resueltas, como si no habiendo sido objeto de resolución, pueden estimarse resueltas por encontrarse comprendidas en el thema decidendum, para este autor son deducibles todos aquellos hechos constitutivos que formen parte de la misma relación jurídica y, desde el punto de vista del demandado, todos los hechos impositivos, extintivos y excluyentes que hubiera podido oponer en el proceso terminado.*

*...De la Oliva Santos postula que lo sensato es hacer operativo el instituto de la preclusión aun admitiendo que los hechos del último proceso difieren de los anteriores y, con ellos, la causa petendi, quedará excluida la posibilidad de un segundo enjuiciamiento –por ser o deber ser–razonablemente conocidos en el momento procesal oportuno durante el primer pleito”.*

En conclusión, la cosa juzgada podría encerrar lo juzgado y aquello que pudiéndose alegar razonablemente no se alegó oportunamente. Consideramos no obstante, que dicha postura legal y doctrinal no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora, cuando los herederos de una víctima de desaparición forzada pretenden recuperar los predios despojados o abandonados a aquella en ejercicio de la

<sup>28</sup> Cifuentes Smolko, Natalia Elizabeth. *Institución de la Cosa Juzgada Virtual frente al derecho de defensa*. Valdivia– Chile, Universidad Austral de Chile, tesis de grado, 2013. pp. 17–19. Disponible en <http://cybertesis.uach.cl> (04.01.2014).

acción hereditaria atípica de que trata la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, y después de culminado el proceso aparece dicha persona con vida, podría surgir alguna duda en relación a los efectos de cosa juzgada frente a ella; sin embargo, consideramos que las personas llamadas a sucederla ocupan su lugar y se cumpliría el supuesto de identidad jurídica de las partes, aunque desde el punto de vista teórico y doctrinal sea difícil aceptar tal postura, como ya se explicó anteriormente.

Sin embargo, no podemos dejar de lado que de igual manera se seguiría aplicando el principio general y esta persona podría demandar en un proceso posterior siempre y cuando haya una variación en el objeto o la causa petendi.

El juez de restitución de tierras tendrá en todo caso que tomar las medidas necesarias para proteger el vínculo de esta persona con el predio que haya sido restituido en cualquiera de sus modalidades, por lo que el tema a debatir sería la relación de esta persona con sus herederos.

## CONCLUSIONES

La acción hereditaria es aquella que se transmite a los herederos de una persona fallecida y los faculta para demandar por el incumplimiento de un contrato en que aquella hubiese sido parte, para ejercer las acciones genéricas en defensa del patrimonio de sus deudores o para demandar los perjuicios ocasionados cuando la víctima fallece como consecuencia de un acto lesivo.

La concepción de estas acciones no había variado prácticamente desde la expedición del Código Civil colombiano en 1887; así los herederos pueden ejercer la acción posesoria, la pauliana, la de simulación, la oblicua, la de responsabilidad extracontractual del artículo 2342 del Código Civil y en general pueden ocupar el puesto del causante en todas las relaciones jurídicas en las que este hubiese podido pedir, salvo aquellas restringidas por la ley.

Recientes decisiones del Consejo de Estado y algunas normas de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras nos hacen pensar que se ha pasado de una concepción estrictamente legalista a una que podríamos llamar sustancialista al menos cuando de víctimas del conflicto armado se trata; ello se evidencia en la morigeración probatoria que ha asumido el Consejo de Estado al aceptar pruebas supletorias de la muerte, cuando en la tradición jurídica de país se ha afirmado que ésta solo puede probarse mediante el respectivo registro civil de defunción.

La Ley de Víctimas y Restitución otorga legitimación para demandar a los propietarios, poseedores o explotadores de baldíos que hayan sido despojados de sus predios o se hayan visto obligados a abandonarlos por los hechos victimizantes de que trata la ley, como también a su cónyuge y compañero(a) permanente con quien se convivía al momento en que ocurrió el despojo o el abandono forzado

y consideramos que a la pareja del mismo sexo, conforme a la ratio decidendi de algunas sentencias de la Corte Constitucional. Esta legitimación se extiende a los herederos de las personas anteriormente mencionadas en caso de muerte.

Lo novedoso en materia de acción hereditaria es que se otorga legitimación para demandar a los herederos de la persona desaparecida, lo que exonera a las víctimas de iniciar largos y costosos procesos de presunción de muerte. No obstante, a raíz de esto surgen dudas en relación a la forma de pedir la restitución, los alcances de las sentencias y para quien se debe pedir.

Ahora bien, el nuevo paradigma de las acciones hereditarias para quienes pretendan la restitución de sus predios se evidencia en la superación de la concepción tradicional de la legitimación por activa en cabeza de la masa de bienes del causante (sucesión), pues en este proceso especial no importa como pida el heredero; puede hacerlo para la sucesión, para el desaparecido, a título personal en relación a la cuota parte del derecho que le correspondería en el predio o para sí en su totalidad. Esto que en un proceso en que no se discuta la restitución de bienes daría al traste con la demanda, aquí no tiene mayor importancia dado que la ley le otorga facultades al juez que no ha tenido ninguno otro en la historia jurídica del país, el cual debe superar todos los aspectos formales y aún sustanciales que impidan llegar a una solución de fondo en pro de los derechos de las víctimas.

No obstante, habrá que hacer ajustes legales y jurisprudenciales debido a que la norma otorga legitimación para demandar la restitución de tierras a los herederos sin diferenciar si adicionalmente fueron víctimas del conflicto o no, lo que toma importancia debido a que puede haber discrepancia entre las pretensiones, pues la restitución puede ser material, por equivalencia y por compensación, modalidades que se excluyen entre sí.

Otro efecto de este nuevo paradigma de la acción hereditaria se observa en materia de los honorarios profesionales de los abogados que litiguen en procesos contencioso administrativos en contra del Estado y en favor de las víctimas del conflicto, pues aunque como en el régimen general, el apoderado puede cobrar a quien le dio el poder la totalidad de los honorarios pactados y el heredero está facultado para hacer dicho pago aunque el mismo exceda lo que le correspondería en su cuota parte, no se puede perder de vista que en este proceso especial se estableció un límite de honorarios de 25 salarios mínimos legales mensuales sin importar la cuantía del proceso y si se trata de acción personal o hereditaria.

Finalmente, consideramos que la regulación en materia de restitución de tierras no implica cambios respecto de la concepción tradicional de cosa juzgada, dado que cuando los herederos ejercen la acción para recuperar los predios despojados o abandonados en el caso de la desaparición forzada, esta persona queda vinculada por la sentencia en virtud de la ley aunque posteriormente aparezca con vida, cumpliéndose el supuesto de identidad jurídica de las partes.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Cardona Hernández, Guillermo. *Tratado de Sucesiones*, Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2004.
- Cifuentes Smolko, Natalia Elizabeth. *Institución de la Cosa Juzgada Virtual frente al derecho de defensa*, Valdiva- Chile, Universidad Austral de Chile, tesis de grado, 2013. Disponible en <http://cybertesis.uach.cl> (04.01.2014).
- Código Civil*, Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co> (25.01.2014)
- Código de Comercio (Decreto 410 de 1971)*, Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co> (25.01.2014).
- Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970)*, Disponible en <http://www.alcaldiadebogota.gov.co> (25.01.2014).
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso*. Disponible en <http://www.alcaldiadebogota.gov.co> (25.01.2014).
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1448 de 2011*. Disponible en <http://www.secretariassenado.gov.co> (21.01.2014).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, *Sentencia del 22 de marzo de 2012*, expediente 23001-23-31-000-1997-08445-01(22206), magistrado ponente Danilo Rojas Betancourth. Disponible en <http://www.consejodeestado.gov.co/boletin119.pdf> (07.02.2013).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, *Sentencia del 19 de octubre de 2007*, expediente 050012331000199802290 01 (29.273), magistrado ponente Enrique Gil Botero. Disponible en <http://www.consejodeestado.gov.co/nuevaconinre.asp?mindice=29273> (30.01.2014)
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-609 de 2012*, magistrado ponente Jorge Iván Palacio. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co> (15.09.2014).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-238 de 2012*, magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co> (15.09.2013).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-917 de 2011*, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co> (25.01.2014).
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-283 de 2011*, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co> (25.01.2014).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, *sentencia CS 084 de mayo 18 de 2005*, expediente 14415, magistrado ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar. Disponible en <http://www.alizee.uniandes.edu.co> (05.01.2014).
- Henaó, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, 1ª Ed.*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Lafont Pianetta, Pedro. *Derecho de Sucesiones, tomo I. Parte General*, 9a Ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2010.

Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil Tomo II, De los perjuicios y su indemnización*, Bogotá, Temis, 1986.

