



ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA Y SUS POSIBLES LAGUNAS LEGALES

SARA ESTEFANÍA CARDONA HIGUITA

Director

GLORIA ESTELLA ZAPATA SERNA

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogado

Pregrado en Derecho

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín

2021

Declaración de originalidad

Fecha: 10 de junio de 2021

Nombre del estudiante: Sara Estefanía Cardona Higueta.

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.



Firma del estudiante

ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA Y SUS POSIBLES LAGUNAS LEGALES **EQUITY PETITION ACTION AND ITS POSSIBLE LEGAL LOOPHOLES**

SUMARIO.

INTRODUCCIÓN. CAPÍTULO I La acción de petición de herencia enmarcada en el derecho real de herencia dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

CAPÍTULO II Acción de petición de herencia: Análisis normativo. **CAPÍTULO III** Análisis jurisprudencial sobre la acción de petición de herencia y laguna legal.

CONCLUSIONES.

Resumen

La acción de petición de herencia posee una gran importancia con miras a proteger los derechos herenciales de quienes gozan de este pero que, por alguna razón, han sido excluidos de la partición y/o no han obtenido aquello que es suyo por ley. Esta figura al momento de ser analizada a partir del código civil, se pudo ver una mención muy superficial por parte del legislador, que podría conllevar a lagunas y posteriormente confusiones a quienes en algún momento lleguen a ejercerla. Es por eso que se propuso hacer no sólo un recorrido normativo, sino también jurisprudencial, para concluir así, si esas normas se quedan cortas y evidencian una laguna legal, o si por el contrario, es la jurisprudencia la que se encarga de llenar esas posibles lagunas en cuanto a su regulación y aplicación.

Palabras clave: Acción de petición de herencia, laguna legal, ordenamiento jurídico, sucesión, masa herencial.

Abstract

The inheritance petition action has great importance with a view to protecting the inheritance rights of those who enjoy it but who, for some reason, have been

excluded from the partition and/ or have not obtained what is theirs by law. This figure at the time of being analyzed from the civil code, it was possible to see a very superficial mention by the legislator, which could lead to gaps and later confusion to those who at some point come to exercise it. That is why it was proposed to make not only a normative, but also jurisprudential, to conclude if these rules fall short and obviously identify a legal gap, or if on the contrary, it is the jurisprudence that is responsible for filling those possible gaps in regarding its regulation and application.

Keywords: Inheritance petition action, legal gap, legal system, succession, inheritance mass.

INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende abordar la acción propia del derecho real de herencia denominada “acción de petición de herencia”, y analizar desde la normatividad y la jurisprudencia un posible vacío legal.

Por vacío legal se entenderá de ahora en adelante como “laguna legal”, siendo un problema jurídico, que “convierte ciertos conceptos como prescindibles por el ordenamiento, derivado del afán del derecho de ser más global y unitario, que redundan en una carencia de una de norma legislativa, o también, respecto a normas que aplica un juez que puede ayudar en la solución de un litigio. El término laguna sugiere la idea de ausencia o falta de previsión normativa”. Vicente Ávila, Javier (2017). Las lagunas del derecho (tesis de grado en derecho, Universidad D Salamanca).

“Frecuentemente al hablar de laguna se utilizan los términos “laguna de la ley” o “laguna del derecho”. La primera va dirigida a la ausencia o falta de norma legislativa o consuetudinaria de un Estado, mientras que el segundo de los términos mencionados hace alusión a las normas de las cuales el juez se debe servir para aplicar una solución a un caso concreto.” Vicente Ávila, Javier (2017). Las lagunas del derecho (tesis de grado en derecho, Universidad D Salamanca).

Ahora bien, la acción de petición de herencia es una figura que surge cuando con la muerte del causante su patrimonio se convierte en la herencia. A su vez, la herencia, pasa al patrimonio de los llamados a suceder o herederos. Cuando esto sucede se pueden presentar los “herederos putativos o aparentes”, que son poseedores y no dueños de la universalidad jurídica que se está discutiendo, siendo sobre ellos cuando la acción de petición de herencia tiene lugar de ser,

porque lo que se busca con esta figura es evitar que estos adquieran la titularidad de los bienes vía prescripción adquisitiva.

Esta acción se enmarca en lo que se conoce como el derecho real de herencia, el cuál parte en Roma, Egipto y Babilonia, y que queda constatado en el código de Hammurabi como era la participación de los hijos en el patrimonio de sus padres, al estos últimos morir, e inclusive, en la partición del patrimonio de sus hermanos al momento de ellos fallecer.

Colombia adopta esta acción dentro de su ordenamiento jurídico, y de ahí que establezca todo un capítulo dedicado a los derechos patrimoniales en el que se encuentra una sola norma que es la que se encarga de definir la acción de petición de herencia (código civil artículo 1321). De acuerdo a lo que nos muestra la jurisprudencia, es decir la aplicación y administración de justicia, observamos que esta es una acción suficientemente interpelada por los colombianos, significando con ello que está en constante análisis esta acción por parte de los operadores, y de allí la importancia de entender ese cuadro normativo dentro de nuestro ordenamiento y entender por qué solo existe una norma que regula esta acción.

Es de ahí que se tratará de deducir si existe o no un vacío jurídico y cuales fueron los motivos que llevaron a que existiera esa laguna jurídica, respecto a su legislación, a través del análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial. Para finalmente presentar en este artículo tres capítulos, siendo el primero el que aborde el derecho real de herencia en el ordenamiento jurídico colombiano. El segundo la normatividad del derecho real de herencia vista desde el código civil, y por último, en el tercer capítulo, un análisis jurisprudencial de la figura para entrar a verificar si sí existe o no una laguna.

CAPÍTULO I

La acción de petición de herencia enmarcada en el derecho real de herencia dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Para entrar a analizar el derecho real de herencia y la acción de petición de herencia, que se desarrollará a lo largo de este artículo, hay que entender, en principio, como se concibe en el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que a continuación, se abordará teniendo en cuenta algunos aspectos normativos, establecido en la ley 57 de 1887 (en adelante entendido como código civil) y demás información recolectada.

Partiendo de lo establecido en el código civil, capítulo II de las cosas incorporales, el artículo 665 define lo que es un derecho real, que palabras más, palabras menos, es el que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona, o sea, es una relación directa entre persona y cosa, pero entendiendo además que los sujetos pasivos de los derechos reales son las personas indeterminadas, siendo por ello derechos reales el de dominio, herencia, el usufructo, uso o habitación, servidumbre, prenda e hipoteca, y que de los cuales se desprenden las acciones reales.

En cuanto al derecho real de herencia, que es el que nos interesa, este al momento en que surge una herencia es el que permite a los herederos adquirir los bienes, eso implica que, al ser titular de ese derecho real, y al ser la herencia una universalidad jurídica, la misma sirve para adquirir bienes, pero al mismo tiempo obligaciones que eran del causante. Los titulares de la universalidad jurídica solo serán titulares del derecho de dominio, que es su aspiración, una vez se apruebe la partición.

Al respecto, señaló la Corte en su momento: “Este derecho es de índole patrimonial. El cedente está legitimado para intervenir en todos aquellos asuntos que puedan afectar el acervo patrimonial del causante. Pero la representación de la persona del difunto continua en el heredero por ser causahabiente”. Corte suprema de justicia, sala de casación civil (Bogotá, D. E, septiembre 29 de 1984) [M.P Horacio Montoya Gil].

A este punto ya sabemos que para que los bienes ingresen al patrimonio de las personas requieren de los modos. Los cuales se distinguen entre, originarios que son aquellos que no tienen un antecesor jurídico, como el modo ocupación, accesión y prescripción, y por otro lado los originarios, que son aquellos que tienen un antecesor jurídico, como el modo tradición y el modo sucesión por causa de muerte, consagrados en el artículo 1008 del código civil.

Entonces, como se mencionó anteriormente, de esos bienes de la universalidad sólo se adquiere su dominio una vez se da la adjudicación de la masa herencial, pero hay que tener claro que el hecho que se haya dado la adjudicación no quiere decir que el derecho real de herencia, que está en el patrimonio de cada uno, haya terminado, pues este subsiste dado que es una universalidad jurídica. Es decir, la universalidad jurídica perdura en el tiempo porque pueden aparecer bienes que antes no se habían relacionado en el patrimonio del causante, y no solo bienes, sino también pasivos, e inclusive, aparecer nuevos herederos. Es por eso que, no se puede confundir la universalidad de la herencia con los bienes que la conforman, porque eso implicaría que cuando se hace la adjudicación terminaría el derecho y como se mencionó, siempre va a existir la posibilidad que aparezcan nuevos elementos que no se tenían en consideración al inicio.

Entonces, la adjudicación de la herencia se puede dar por dos modos, judicial por medio de una sentencia aprobatoria de la partición, la cual se tiene que llevar a la oficina de registros en caso de haber inmuebles, a la oficina de tránsito en caso de

haber automotores, a las sociedades en caso de existir alguna, en fin, a las oficinas pertinentes para poder hacer el registro.

También, la partición se puede hacer vía notarial con escritura pública, aquí tienen que estar todos de acuerdo, cosa que no pasa en la vía judicial, y en la escritura pública se hace una inclusión con los avalúos e inventarios y se hace la respectiva partición. Hay que tener claro que no es el juez quien hace la partición, pues, o se nombra un partidor o los mismos interesados pueden hacer la partición y ya después una vez evaluada esta partición se aprueba o se entra a corregir.

Las personas que van a tener derecho sobre esa universalidad resultante son los conocidos como herederos, que son aquellos que aspiran a convertirse en los titulares de los derechos de dominio sobre cada una de las cosas que conforman la masa herencial. Cuando se da la partición de los bienes, los herederos pierden la calidad de comuneros y se vuelven titulares del derecho real de dominio sobre los bienes que les adjudicaron mediante los modos. Los herederos, a su vez, pueden aceptar la herencia, convirtiéndose en los deudores de los acreedores del causante como consecuencia del cuasicontrato, o repudiar donde pasan estos atributos a los demás herederos.

En cuanto al modo sucesión por causa de muerte, que es el que permite, además de la tradición y la prescripción, que los herederos adquieran la titularidad del derecho real de dominio, se encuentra regulado en el código civil colombiano, en el libro III, que habla sobre la sucesión por causa de muerte y la donación entre vivos, que empieza a regularse en el artículo 1008 y siguientes.

Es pertinente diferenciar a este punto, lo que se debe entender por suceder y sucesión. “Suceder se debe entender en dos sentidos. Un sentido amplio, que es venir después de otro en el ejercicio de un derecho, por ejemplo, cuando compro un carro de segunda y yo me vuelvo el nuevo dueño, adquiero los derechos sobre

ese carro, y quien era el antiguo dueño los pierde. En sentido estricto, es venir después de otro en el ejercicio de un derecho por causa de muerte, es decir, cuando una persona muere y sus herederos toman su lugar”. Mejía, J.C (2020). *Sucesiones*. [Teams].

En cuanto a la sucesión, el artículo 1008 código civil, nos hablan del causante y de los causahabientes, así mismo respectivamente, “el causante hay que entenderlo en sentido amplio como el antecesor jurídico de los derechos que recaen sobre los bienes de los que se predica algo y, en sentido estricto, es aquella persona que era titular del patrimonio que con la muerte buscará radicarse en cabeza de los herederos. Ahora bien, los causahabientes también se deben entender en dos sentidos, uno amplio que son los que viene después de otro en el ejercicio de un derecho después de la muerte, y en sentido estricto, es la persona que viene después en el ejercicio de un derecho sobre la universalidad que era el patrimonio del causante y que con su muerte se convierte en herencia, este sentido a su vez se divide en dos grupos, causahabientes a título universal que son los herederos propiamente, que participan en toda la universalidad jurídica, y los causahabientes a título singular, conocidos como legatarios, quienes solo podrán tener tal vocación en virtud de la existencia de un acto jurídico conocido como testamento, y que tiene derecho sobre un bien en concreto que hace parte de la universalidad jurídica”. Mejía, J.C (2020). *Sucesiones*. [Teams].

Por otro lado, el derecho real de herencia admite también la posibilidad de adquirirse mediante el modo tradición, el cual se encuentra íntimamente ligado con la entrega de la cosa, y es cuando el heredero, una vez con la muerte del causante, transfiere un bien o la universalidad jurídica a un tercero. Es importante entender que cuando hablamos de tradición ya el causante murió, porque lo que van a vender los titulares ya está dentro de su patrimonio, si no estarían vendiendo cosa ajena, por esa razón se dice que debe existir un título previo.

Por último, “el derecho real de herencia también se puede adquirir por el modo prescripción, el cual requiere del paso del tiempo y de tres (3) requisitos que son la posesión (corpus y animus. Asimismo, tiene que ser indirecta, mediante la tenencia de los bienes del causante a título de heredero), tiempo, el cual va a depender si se está de buena o mala fe, y por último la alegación, porque la prescripción tiene un fondo inmaterial, por lo que debe ser alegada y probada”. Mejía, J.C (2020). *Sucesiones*. [Teams].

Este último modo es sumamente importante para el desarrollo de esta investigación, pues, es el que va a permitir identificar quienes son titulares del derecho real de herencia y quienes son meros poseedores y herederos putativos o aparentes, porque una vez muere el causante, el derecho real de herencia se radica en cabeza de los herederos, quienes seguirán siendo titulares del derecho hasta tanto la prescripción sea alegada vía acción y pierdan la titularidad del mismo.

Así las cosas, a este punto hay que entender que el derecho real de herencia hace parte del libro II sobre las cosas incorporales, siendo por ello un derecho incorporal que recae sobre un corporal y, además, sirve como título para la posesión que traía el causante, y que mediante los modos este derecho ingresa al patrimonio de los interesados. Asimismo, siendo el único derecho real que tiene una acción propia que es la acción de petición de herencia.

Para poder hablar de acción en el derecho herencial hay que entender que, si bien este tiene una acción propia, también en ciertos casos se puede aplicar la acción reivindicatoria. Esta última, opera cuando quien está poseyendo el bien que se discute es un tercero poseedor sobre un bien determinado, entonces se entra a alegar la propiedad de ese bien y posteriormente la titularidad vía acción reivindicatoria.

En cuanto a la acción de petición de herencia, se ejerce sobre un heredero que está pretendiendo toda la universalidad jurídica en general, así sea de manera indirecta y, para poder ejercerla se tiene que hacer sobre personas determinadas, no sobre indeterminados, porque si no se ejerce la acción sobre todos los implicados no son vinculados, por más que haya otros herederos que no estén poseyendo.

Sobre lo anterior, se ha mencionado al respecto que “ la acción de petición de herencia es una acción universal dirigida primordialmente a obtener el reconocimiento de la cualidad de heredero y, en su caso, a la restitución de todo o de parte de los bienes que componen el caudal relicto del causante cuya posición con título o sin él retenga el demandado”. Vivas Tesón, I. (2000) . La acción de petición de herencia: una breve crónica jurisprudencial.

Ahora, si hay alguien está poseyendo el derecho real de herencia, los verdaderos herederos pueden iniciar un proceso de sucesión y pedir medidas cautelares de embargo y secuestro de los bienes que conforman la masa sucesoral. Así se evita adelantar la acción de petición de herencia que implica un proceso declarativo y un mayor desgaste. Esto porque, sólo amerita la acción de petición de herencia cuando, por ejemplo, los herederos putativos o aparentes ya hicieron la sucesión y, por ende, se requiere de esta acción para que el verdadero heredero recupere la posesión de un derecho del que ya es titular, pero de lo cual se entrará a profundizar en el capítulo II.

En conclusión, el derecho de herencia es un derecho real muy complejo, porque además de comprender lo expuesto a lo largo de este capítulo, también comprende temas de relevancia constitucional como lo es la familia “el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.” (Const., 1991). De esta lectura se extrae la mención de quienes son los llamados a suceder y quienes son titulares de los derechos que emanan de él.

CAPÍTULO II

Acción de petición de herencia: Análisis normativo.

En el presente capítulo se abordará de una manera más detallada todo lo relacionado a la acción de petición de herencia, desde su entendimiento a partir de su definición, hasta su regulación de acuerdo al sistema normativo colombiano.

Como se ha mencionado a lo largo del artículo, la acción de petición de herencia está regulada en el artículo 1321 del código civil, en donde se establece que quien prueba que tiene el derecho real de herencia respecto de la universalidad jurídica, tendrá la posibilidad de accionar para que se le adjudique la herencia, y se le restituya aquello que le corresponda por ley, además de aquello que el difunto era depositario, mero tenedor, etcétera, para que vuelva a quien tiene el derecho como propietario.

Es posible que cuando se aborda el tema de acción de petición de herencia se piense, o inclusive se confunda con la acción reivindicatoria. Esta última es regulada en el código civil, artículo 946, en la que se establece que la puede ejercer el dueño de una cosa singular, para que el poseedor esté obligado a restituírsela. Mientras que la acción de petición de herencia se ejerce frente a una universalidad.

Para explicar la diferencia entre ambas figuras se valdrá de un ejemplo. Pensemos en la sucesión de Jorge. Antes de morir, Jorge, dejó consignado en un testamento, cómo se iban a disponer sus bienes al momento de él fallecer. Entonces, la mitad de sus bienes se los dejaría a su hija Ana, la finca “El Erasmo”, acciones en la empresa “Construcción S.A” y su colección de carros deportivos, se los dejaría a su hijo, Daniel. Un cuarto de sus bienes se los dejaría a su hija menor, Andrea. A

su vez, les dejaría una obligación, y es que le deben entregar \$5.000.000 a Victoria, quien conoció en sus últimos meses de vida, cuando estaban ambos en el acilo llamado “Mi mejor amigo”. Frente a Victoria, en el caso en que los hijos se nieguen a pagarle la suma que su padre en el testamento estipuló para ella, Victoria, podrá ejercer la acción reivindicatoria, y respecto a esos \$5.000.000 tener la propiedad.

La acción de petición de herencia es un desarrollo de los atributos de persecución y preferencia, los cuales se pueden entender como una forma que tienen los derechos reales para protegerse. Resulta que aquí se presenta un problema con el objeto, quien va a ejercer la acción de petición de herencia debe probar que es titular del derecho real de herencia, demostrar el título y el modo. Además de eso, debe demostrar que el otro está poseyendo, y cabe recordar que como estamos en una universalidad jurídica (herencia), la posesión es indirecta, porque se finge que, mediante la posesión o la tenencia de un bien, se está poseyendo la universalidad, siempre y cuando esa tenencia se dé en calidad de heredero, por eso, como se trata de una universalidad no se puede dar una aprehensión física.

Para que proceda la acción, el que está poseyendo debe hacerlo en calidad de heredero. Además, esa acción no se ejerce contra herederos indeterminados, porque el presupuesto de esto es que el otro esté poseyendo la herencia. Por ejemplo, Luis muere, sus hermanos son los parientes más cercanos, como aquí se habla de una sucesión intestada (no hay testamento), los llamados a suceder son ellos, por lo que entran a poseer los bienes de la universalidad. Dentro de esa universalidad hay 3 carros, 2 haciendas, acciones en Grupo Éxito y un apartamento en la zona Sur de Medellín. Como los hermanos se creen dueños inician con el trámite de partición, en este caso el notarial. Pero, resulta que Luis si había dejado un testamento, y en él nombra como heredera a Camila, quien era la hija de su mejor amiga y a quien vio crecer.

En el caso anterior es importante observar el momento en el que aparece Camila. Pues, puede ser que no haya necesidad de ir a un proceso declarativo, o sea, de ejercer la acción de petición de herencia, así se pueden restituir los bienes de la masa, siendo algo mucho más sencillo. Esto aplica cuando todavía se está en el trámite de la sucesión. Entonces, Camila, puede ir al notario o ante el juez, y demostrar que frente a los hermanos de Luis ella tiene un mejor derecho, y que ellos son herederos aparentes.

Si por el contrario ya hubo adjudicación, es decir, ya esos bienes ingresaron al patrimonio de los hermanos de Luis, si se iniciaría el proceso declarativo para la acción de petición de herencia.

Puede ocurrir otro evento. Resulta que Jorge, hermano de Luis, le vende a Andrés uno de los carros que había dejado Luis. Cuando Camila aparece observa que hay unos poseedores sobre los bienes de la universalidad que ella es titular. Aquí hay una diferencia, y está precisamente en la calidad en que poseen. Sobre los hermanos, estos poseen en calidad de herederos. Mientras que Andrés en calidad de señor y dueño. Entonces, Camila, puede ejercer la acción reivindicatoria contra Andrés, y la acción de petición de herencia contra los hermanos y, además, el resultado que se tenga sobre una acción no afecta el resultado de la otra.

Otra tesis puede presentarse cuando el código civil indica sobre la acción reivindicatoria de 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.” (Código civil, Artículo 1325)

Frente al artículo anteriormente citado, puede ocurrir que, Andrés, que fue quien le compró el carro a Jorge, pueda allanarse, excepcionar (prescripción), llamando a saneamiento, de tal manera que, si prospera la acción de Camila se establezca responsabilidad de los hermanos frente a Andrés. También, Andrés, al encontrarse en esa situación puede venderle el carro a Juan. Juan no podrá decir que le vendieron ese carro de buena fe, debido a que hubo una falsa tradición, esto porque Andrés no era titular del derecho de ese carro. Al respecto el Código civil señala:

“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; pero habiéndola ocupado de mala fe, lo será de todo el importe de las enajenaciones o deterioros”. (Código civil, Artículo 1224).

Respecto a la prescripción de la acción de petición de herencia se ha presentado varias discusiones: “Algunos consideran que se tendrá un término igual al de la prescripción. Por el contrario, para otros, consideran que como la prescripción debe ser alegada, las acciones pueden interponerse siempre que no se haya perdido la titularidad del derecho. Entonces, aun cuando ya haya pasado más tiempo del requerido para la prescripción, si los poseedores no la alegan, el juez tiene que conceder las pretensiones al titular del derecho real de herencia y devolverle la posesión.” Mejía, J.C (2020). *Sucesiones*. [Teams].

Lo cierto es que el código civil establece que esta acción de petición de herencia prescribe en diez años, pero en el caso del heredero putativo o aparente que tenga la posesión de los bienes, esa posesión le servirá como justo título, además, este goza de una justificación legal, como, por ejemplo, decir que es hermano, por

lo que requiere de 5 años para que le prescriba y poder adquirir el dominio de la universalidad jurídica. Esto se encuentra sustentado en el artículo 1326 del código civil.

Cuando hablamos de prescripción estamos hablando de la existencia de un error, y por esa razón es importante distinguir el hecho del derecho. Además, en el derecho real de herencia hay una presunción de mala fe, cuando la persona que entra a ocupar la posesión de la universalidad jurídica desconoce el orden sucesoral, en la medida en que se encontraría en un error de derecho, pero incluso en estos casos, se puede presentar un error pero con buena fe moral, por ejemplo, en el caso de los hermanos de Luis, ellos empezaron con el proceso sucesoral porque al ser los parientes más próximos dedujeron que eran los llamados a suceder, desconociendo que su hermano en vida había hecho un testamento, dejando como heredera a Camila.

La acción de petición de herencia la puede ejercer uno, pero tiene que ser consiente que traerá efectos para toda la masa. Entonces, Daniela, como heredera, está poseyendo el apartamento de Envigado, pero de manera indirecta está ejerciendo la posesión respecto de toda la universalidad. Por lo que, Andrés, como su hermano y también heredero, está ejerciendo posesión sobre ese apartamento. Eso implica que, ambos son adquirentes del derecho real de herencia, y a su vez son herederos putativos, lo que significa que Camila, quien es la verdadera titular del derecho real de herencia va a ejercer la acción contra los poseedores, por lo que, tiene que ejercer la acción también contra Andrés, no solo contra Daniela, porque de no ser así no lo vincula, debido a que esa acción, como ya se dijo, no se puede interponer en contra de indeterminados.

Ya se abordó la normatividad de la acción propia del derecho real de herencia desde lo establecido en el código civil. Si bien hay aspectos que se mencionan a lo largo del código vemos que el legislador no abordó temas importantes de forma

directa, tales como la prescripción, por lo que en el capítulo tres se pretende ahondar en los temas que en el código civil se prescindieron. Todo esto desde el análisis jurisprudencial, para poder llegar a la conclusión de si existe o no lagunas legales en esta institución.

CAPÍTULO III

Análisis jurisprudencial sobre la acción de petición de herencia y la verificación de una posible laguna legal.

Mientras que en los capítulos anteriores se hizo un análisis normativo enfocado en la concepción de la acción de petición de herencia desde el punto de vista legal, bajo lo consagrado en el código civil colombiano, en este capítulo se pretende profundizar, desde una concepción jurisprudencial, lo que es dicha acción, desde el punto de vista operativo de la norma para el cual se tendrán en cuenta dos sentencias de la corte constitucional. Así como también, una conceptualización más amplia de lo que es una laguna legal, para poder llegar a la respuesta de si existe o no laguna legal en esta figura.

En el proceso de sucesión el legislador estableció distintas acciones para proteger los derechos herenciales de quienes demuestran su calidad de herederos, siendo una garantía de los derechos de las personas que han sido excluidas de la partición o de la sucesión.

Es importante, y como se menciona en la sentencia C- 683/14, reconocer las principales formas de disponer los bienes a título gratuito, siendo por ello la sucesión por causa de muerte, donaciones entre vivos y la partición de patrimonio en vida, con el fin de identificar qué acciones se pueden aplicar al caso concreto y proteger los derechos herenciales, como se mencionó en el párrafo anterior.

“La sucesión por causa de muerte es un acto de disposición de los bienes a título gratuito después de la muerte. Esta se puede dar a título de testamento o ley, y se adquiere mediante el modo sucesión por causa de muerte. Requiere la existencia de los herederos con las excepciones comprendidas en los incisos 3º y 4º del

artículo 1019 del código civil, y sobre las acciones que se pueden ejercer se habla de nulidad, rescisión, reforma de testamento y **petición de herencia**, tema de particular interés en esta investigación.

En cuanto a las donaciones entre vivos, es un contrato unilateral de disposición de los bienes a título gratuito en vida. Se da a título de donación, mediante el modo tradición. Requiere de la existencia de los donatarios con las excepciones comprendidas en los incisos 3º y 4º del artículo 1019 del código civil, y sobre las acciones que se pueden ejercer se habla de restitución de lo excesivamente donado.

Por último, la partición del patrimonio en vida, es un acto de disposición de los bienes a título gratuito en vida, mediante el modo tradición, siendo revocable hasta tanto no se haya hecho la tradición de los bienes a los asignatarios, y se puede ejercer la acción de solicitud de rescisión.” (Corte Constitucional, sentencia C-683-14).

Así pues, teniendo en cuenta lo anterior, cabe detenerse a hablar sobre las distintas formas de acción que se presentan en esas figuras, y como mediante estas se puede alegar el desconocimiento del derecho a la igualdad. Pero, según la corte suprema de justicia determina que “la lesión enorme y la rescisión del artículo 1750 del Código Civil no son comparables con la acción rescisoria de la partición del patrimonio en vida, puesto que se emplean en supuestos diferentes. No obstante, otras acciones de los procesos sucesorios plantean hipótesis semejantes a las de la partición”. (Corte suprema de justicia, citado por Corte Constitucional, [sentencia C-683-14]).

Entrando a analizar esa similitud que establece la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, la acción de rescisión (artículo 1482 del código civil) sirve para la restitución de lo excesivamente donado, la cual se relaciona con la figura de los

acervos imaginarios, que sirve para reconstruir el patrimonio del causante al momento de su muerte, y como habría sido si no hubiera hecho donaciones. Siendo los acervos los que se refieren a “la acumulación imaginaria de acervos líquidos de las donaciones revocables o irrevocables que se realizan en razón de legítimas o mejoras, de acuerdo con el valor de las cosas donadas” (Código civil, Artículos 1243 y 1244).

En cuanto a **la acción de petición de herencia**, regulada en el artículo 1321 del código civil, establece que todo el que pruebe su derecho a una herencia podrá interponer esta acción para que se le reconozca y se le adjudique, y así mismo para que esos poseedores, restituyan aquello que poseen a título de poseedor, inclusive eso de lo cual el causante era mero tenedor.

Como se ha establecido a lo largo de este artículo, para poder ejercer la acción de petición de herencia, es necesario que quien se proclama como titular demuestre su calidad de heredero para oponerse a aquellos que poseen la herencia, y evitar que se dé la acción adquisitiva de los que se identifican como herederos putativos o aparentes.

Además de lo anterior, en la sentencia en mención (C-683-14), la acción de petición de herencia puede interponerse conjuntamente con la acción de estado civil, de manera que de existir un hijo extramatrimonial en un proceso de filiación se puede solicitar la acción de petición de herencia en el proceso de sucesión frente a los demás herederos para que estos le restituyan la parte, que, de prosperar el proceso de filiación, le corresponde a ese hijo. Esto respaldando lo dicho por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA “si bien es cierto que, como ha reconocido esta Corporación, es dable acumular a la demanda de filiación la acción de petición de herencia, no por ello la interposición de ésta se hace indispensable para deducir los efectos patrimoniales derivados de la condición de

hijo extramatrimonial". (Corte Suprema de Justicia, citado por Corte Constitucional [sentencia C-683-14]).

Así pues, se puede determinar que lo que se busca con esas acciones en los principales procesos de sucesiones es proteger lo que le corresponde a cada sujeto por ley, siendo así, quienes pueden interponer esas acciones son los legitimarios, siempre después de la muerte del causante.

Por otro lado, la sentencia SU573-17, establece que la acción de petición de herencia se encuentra ligada a la protección del derecho real de herencia, regulada en el código civil, en el capítulo "de la petición de herencia, y de otras acciones del heredero", citando así "Conforme con el artículo 1321 inserto en esta norma, "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" (Corte Constitucional, sentencia SU573-17).

También se establece en virtud de dicha sentencia que en caso de una decisión favorable en un proceso para que se reconozca la calidad de heredero de igual o mejor derecho y, si ya se hizo la partición de la masa hereditaria, esta queda sin efectos y debe rehacerse en virtud a ese heredero que se acaba de reconocer como tal, pues este tiene derecho a intervenir en todo el trámite, esto en razón al debido proceso.

Además, en el evento que los bienes estén ocupados por los herederos aparentes se puede lograr la recuperación. Si quien ocupó la herencia lo hizo de buena fe, no es responsable de las enajenaciones ni de los deterioros, mientras que si lo ocupó de mala fe si es responsable de todo eso.

En caso de que los bienes que conformaban esa masa herencial hayan pasado a manos de terceros, el heredero debe ejercer la acción reivindicatoria con el poseedor del bien “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”. (Código civil, Artículo 1325). Así pues, el accionante tendrá igual derecho contra el que ocupó de buena fe la herencia, como aquel que ocupó de mala fe.

Teniendo las posturas de la corte claras, ahora ¿será que efectivamente existe una laguna legal?. Para contestar esta pregunta es necesario recordar que se entiende por vacío o laguna legal.

El término laguna legal se puede entender como la “inexistencia de regulación para un supuesto de hecho, que no ha sido contemplado por el ordenamiento.” (Diccionario de la lengua española). Además, también se puede entender que cuando se habla de laguna legal se hace referencia a “laguna de la ley” o “laguna del derecho”. La primera va dirigida a la ausencia o falta de norma legislativa o consuetudinaria de un Estado, mientras que el segundo de los términos mencionados hace alusión a las normas de las cuales el juez se debe servir para aplicar una solución a un caso concreto.

Por lo tanto, solo hablaremos de laguna en aquellos casos en los que no sea posible encontrar una norma que resulte aplicable a un caso determinado. Para autores como Bobbio existe laguna “cuando en un determinado ordenamiento jurídico falta una regla a la cual el juez pueda referirse para resolver una determinada controversia”. Vicente Ávila, Javier (2017). Las lagunas del derecho (tesis de grado en derecho, Universidad D Salamanca).

Referente a esto, otros autores se pronunciaron al respecto, estableciendo que “una laguna es la ausencia de regulación por parte del Derecho (podría decirse

mejor del ordenamiento jurídico para evitar mayores complicaciones) de una situación o caso determinado que requiere imperiosamente una respuesta concreta que no se halla especificada o explicitada en dicho ordenamiento jurídico y que es necesario buscar en el proceso de aplicación a través de la actividad integradora del juez...” Segura Ortega, Manuel. (1989)“El problema de las lagunas del derecho”, Anuario de filosofía del derecho (pp. 287).

Así mismo, frente a la existencia de lagunas legales han dicho, por otro lado “en lo concerniente a la aplicación práctica del Derecho, estas lagunas se pueden presentar ante cualquiera de los operadores jurídicos, sin embargo, son los jueces quienes tienen el mayor protagonismo al respecto, por ser la vía judicial una de las principales cuando de dirimir conflictos legales se trata, pues aunque quedan desprovistos de una norma legal para ser aplicada a una situación que merece tutela jurídica, están en la obligación de actuar ante esta en virtud del principio de non liquet”. Galiano Maritan, G y González Milián, D.(2012). La integración del derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho.

De lo anterior se puede inferir, y que se tomará para el análisis de este artículo, que laguna legal es la idea de ausencia o falta de previsión normativa. Bajo esta claridad, mientras que los autores anteriores respaldan la idea de la existencia de laguna legal, existen por otro lado quienes niegan de ella, dándole paso a una de las teorías que defienden esta hipótesis, denominada “la teoría del espacio jurídico vacío”, desarrollada por K. Bergbohm, la cual consiste en “negar los rasgos de la juridicidad en los casos que no queden contemplados por las normas jurídicas, sin tener en cuenta que la existencia de conflictos jurídicos no depende siempre de la existencia o inexistencia de una reglamentación.” Bergbohm, Karl. (Recuperado de Derecho UNED).

Concibiéndose así como “La primera doctrina, expuesta, entre otros, por K. Bergbohm, uno de los positivistas más conocidos del siglo xix. Establece que aquellos hechos, actos o relaciones que deja sin regular deben considerarse irrelevantes jurídicamente, puesto que quedan fuera de los límites de su ordenamiento. Los deberes que conlleva la amistad, por ejemplo, no vienen impuestos por nuestro ordenamiento jurídico, pero eso no constituye una laguna del mismo” Ramos Pascua, J. A. (2017). Lagunas del derecho y positivismo jurídico. Un examen de la concepción de las lagunas de C. Alchourrón y E. Bulygin

Por lo que se entiende de esta teoría que, si no se menciona por la norma no tendrá relevancia jurisdiccional. Lo que establece, el derecho es un ente completo, si no aborda determinado tema no es porque tenga un vacío en su contenido, sino porque lo vio tan innecesario que carece de relevancia para él, por lo que solo se ocupa de aquello que le genera interés.

También para negar la existencia de lagunas se habla de “la norma de clausura”, establecida por E. Zitelmann, y que la mencionan así “un hecho solo tiene consecuencias jurídicas si el Derecho se las atribuye. Luego, todo aquello que el Derecho no regule no tendrá consecuencias jurídicas y podrá realizarse o no realizarse libremente”. Ramos Pascua, J. A. (2017). Lagunas del derecho y positivismo jurídico. Un examen de la concepción de las lagunas de C. Alchourrón y E. Bulygin

Teniendo en cuenta lo anterior se puede concluir que, si bien el derecho es un ente sumamente amplio que abarca gran abanico de materias, es posible que en el proceso de creación de la norma el legislador prescinda de ciertos elementos que en suma pueden resultar siendo importantes a la hora de aplicar la norma para el caso concreto, pero, hay que advertir que solamente habrá una laguna legal cuando no se encuentre una norma aplicable al caso, por lo que, si bien el código civil en su artículo 1321 hace una mención quizá somera de la acción de

petición de herencia, es evidente que los jueces en su papel de aplicar la norma emplean sistemas, como por ejemplo la costumbre, la analogía, para llenar las llamadas lagunas y que, cuando quien quiera hacer uso de esa figura tenga claro cuando opera y cómo se aplica.

CONCLUSIONES.

La petición de herencia es la acción que puede ejercer aquel que tiene la calidad de heredero y lo prueba, para que se le reconozca como tal, poder participar en la sucesión y que se le adjudique todo aquello que es suyo y que por una u otra razón no tiene en sus manos. Es por esto que, vía acción de petición de herencia, se busca que aquellos que poseen los bienes propios de la masa herencial en calidad de poseedores, o como se les llama a lo largo del artículo “herederos putativos o aparentes”, no se vuelvan dueños de esos bienes por medio de la prescripción adquisitiva (forma de adquirir el dominio), sino que se los restituya a quien le corresponde por ley, es decir, al heredero.

Como se desarrolló en los capítulos de este artículo, esta figura está regulada en el código civil, artículo 1321, en donde se determina quien puede ejercerla, para qué puede ejercerla y sobre quien, pero se dejan de lado elementos de relevancia que solo se dan cuenta al momento en que esta se aplica en la vida cotidiana, como por ejemplo, en casos de hijos que no se tuvieron en cuenta en la partición y que para lo cual también se cuentan otras acciones. Por eso se pudo concluir que, en lo establecido en el código civil podría hablarse de laguna legal, en tanto el legislador dejó de lado ciertos elementos importantes al momento de la sucesión y que posteriormente puedan llevar a alguien a ejercer la acción de petición de herencia.

Por otro lado, en cuanto al concepto de laguna legal, se ocupó en entender que es cuando el legislador al momento de crear la norma omite ciertos elementos, bien sea porque no los consideró relevantes o porque no se previeron, por lo que no es algo extraño, sino más bien común, encontrar lagunas en el ordenamiento jurídico, y que principalmente pueden provocar problemas al momento de aplicar la norma. Pero así mismo, al momento de la investigación se pudo encontrar teorías que respaldan lo anterior, así como también otras que por el contrario hablan de la

inexistencia de estas, pero que tomando en cuenta todo el análisis de este artículo se tomó partido de aquellas teorías que avalan la existencia de las lagunas jurídicas.

Es por eso que, en este artículo se pretendía verificar, basándose en las teorías de la existencia de las lagunas jurídicas, como es común que para uno de los tantos casos en derecho el legislador prescinda de ciertas cosas, porque no podemos pretender que el ordenamiento regule cada una de las parcelas del derecho, y este fue precisamente uno de los resultados que se obtuvieron en la investigación. Para esto se usó el método de la hermenéutica jurídica, aplicada en la sistematización y crítica del derecho colombiano, sobre la reivindicación, posesión y petición de la herencia, adecuados principalmente al estudio de la jurisprudencia.

Por lo que, al remitirse al análisis jurisprudencial se evidenció por parte de la jurisprudencia un complemento a la figura normativa que carecía de cierto alcance, que además el juez se refirió a situaciones que quizá no se tenían claras con la norma civil y que lo cual sirve de fundamento para quien en algún momento pretenda ejercer la acción de petición de herencia, cualquiera que sea su situación conforme a la ley y a derecho.

REFERENCIAS.

- Artículos

Galiano Maritan, G y González Milián, D.(2012). La integración del derecho ante las lagunas de la ley. Necesidad ineludible en pos de lograr una adecuada aplicación del derecho. (Universidad de la Sabana, Artículo). Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v21n2/v21n2a06.pdf>

Ramos Pascua, J. A. (2017). Lagunas del derecho y positivismo jurídico.

Un examen de la concepción de las lagunas de C. Alchourrón y E. Bulygin.
Recuperado de:
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/69512/1/DOXA_40_02.pdf

Vivas Tesón, I. (2000) . La acción de tención de herencia: una breve crónica jurisprudencial. Recuperado de:
[file:///Users/gloria/Downloads/La%20acci%C3%B3n%20de%20petici%C3%B3n%20de%20herencia...%20\(2\).PDF](file:///Users/gloria/Downloads/La%20acci%C3%B3n%20de%20petici%C3%B3n%20de%20herencia...%20(2).PDF)

- Libros

Segura Ortega, Manuel. (1989). El problema de las lagunas del derecho, Anuario de filosofía del derecho. Recuperado de: [file:///Users/gloria/Downloads/Dialnet-ElProblemaDeLasLagunasEnElDerecho-1985307%20\(3\).pdf](file:///Users/gloria/Downloads/Dialnet-ElProblemaDeLasLagunasEnElDerecho-1985307%20(3).pdf)

- Páginas web:

Diccionario de la lengua española. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/laguna-normativa>

Bergbohm, Karl. Recuperado de: Derecho UNED.
<http://derecho.isipedia.com/primero/teoria-del-derecho/preguntas-resueltas/preguntas-resueltas-tema-10>

- Tesis de grado

Vicente Ávila, Javier (2017). Las lagunas del derecho (tesis de grado en derecho, Universidad D Salamanca). Recuperada de:
https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/132775/TG_VicenteAvila_Lagunas.pdf?sequence=1

- Normas jurídicas

Constitución política de Colombia.

ley 57 de 1887.

sentencias de la corte:

Corte suprema de justicia, sala de casación civil (1984). Magistrado ponente: Horacio Montoya Gil.

Corte constitucional. (2014). Sentencia C-683-14. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. (2017). Sentencia SU573-17. Magistrado sustanciador: Antonio José Lizarazo Ocampo.

- Notas de Clase

Mejía, J.C (2020). *Sucesiones*. [Teams].