



D345.727

R41

REPUBLICA DE COLOMBIA

DEDICO ESTE TRABAJO, EN AGRADECIMIENTO A LA  
UNIVERSIDAD DE NARIÑO

A la eterna memoria de mis padres, fundadores del ideal que  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
hoy culmino, y como ofrenda de mi cálido amor filial. A mi  
PASTO, compañera abogada y estímulo de mis estudios, a

mis hijos: Bernardo Enrique, Lucía Isabel y Bernardo Alfon-  
RECTOR DE LA UNIVERSIDAD

Doctor ALFONSO ORTIZ SEGURA  
DECANO DE LA FACULTAD

Doctor GONZALO SOLARTE VACCA

PRESIDENTE DE TESIS

Doctor MANUEL ANTONIO CORAL

EXAMINADORES:

Doctor JOSE ANTONIO LOPEZ TORRES

Doctor LUIS ANTONIO ERASO GALLARDO

Doctor JOSE IGNACIO CORDOBA SANTACRUZ

SECRETARIO GENERAL

Doctor LUIS ANTONIO ERASO GALLARDO

SECRETARIO DE LA FACULTAD

Doctor CESAR ENRIQUEZ R.

INDICE GENERAL

I N T R O D U C C I O N Págs.

Diferencias que hay entre el poseedor de buena fe y Págs.

Reglas romanas fundamentales de la acción de petición de herencia. Carácter y objeto de esta acción en el Derecho Romano. Efectos de la petición de herencia. Generalidades. Insuficiencia de las acciones del de cujus. Qué otras acciones corresponden al heredero como sucesor del difunto en cuya personalidad se subroga?..... 1 a 6

CAPITULO PRIMERO.

Definición y denominación de la acción de petición de herencia. Definición de Escriche. Nuestro Código define la acción de petición de herencia? Cuál sería entonces una definición perfecta de la acción? Definición que trae -- el jurisconsulto chileno Luis Claro Solar. Origen del -- nombre de la petición de herencia. Caracteres de la acción de petición de herencia. Es una acción general. Es una acción real, Es una acción sujeta a prescripción. Es divisible. Diferencias con la acción reivindicatoria... 7 a 15

CAPITULO SEGUNDO

Preceptos del código civil colombiano que consagran la acción de petición de herencia. Personas que pueden intentar la acción. Personas contra quienes procede la -- acción. Objeto perseguido en la acción de petición de -- herencia. Prueba..... 16 a 30

CAPITULO TERCERO.

Prestaciones mutuas a que da lugar la sentencia que admite la petición de herencia. Influencia de la posesión de buena o mala fe de la herencia por el poseedor vencido respecto a las restituciones que tiene que efectuar y en las prestaciones mutuas a que da lugar el cumplimiento del fallo que admite la petición de herencia. Cuáles son las cosas que el poseedor vencido debe restituir al

## LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA

## INTRODUCCION.

OBJETO.- Objeto de ella era: a) El activo hereditario comprensivo REGLAS ROMANAS FUNDAMENTALES DE LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA.

de la apertura de la sucesión; y b) las cosas dependientes de la herencia, o sea, el conjunto de bienes, objeto de la transmisión, era considerada en Roma, como un ente ficticio, destituido, de situación propiamente dicha y respecto del cual no era posible una presencia IN JURE de la cosa litigiosa". ( Accarias, T,II Pág. 677, No. 1º, 4a. ed.).

"Instituyóse en el período de "las legis acciones", la acción general llamada " VINDICATIO", o, con más frecuencia, "Petitio hereditatis", mediante la cual podía el heredero colocado, en el lugar del difunto, ejercer los derechos que a él le correspondían y conseguir la adquisición efectiva del patrimonio de su autor, fundado sólo en su calidad de heredero". Bonfante, op. - ct., pág. 196".

" Concibiósela como sanción civil del derecho hereditario para prevenir una "usucapio pro herede", que daba lugar a una controversia de " hereditate". Cuq, Institutions juridiques des Romains T. 1º, Pág. 640.

" Esta acción se la podía intentar contra el autor de la lesión Su propio nombre de petitio, dice de su naturaleza real, razón - por la cual también se la llamaba " Vindicatio" cualquiera más amplia que la reivindicación, de índole especial " especiales in rem acciones"; en cuanto sólo podía recaer sobre un objeto o derecho determinado, al paso que aquella abrazaba un conjunto de cosas y de derechos, "una universitas juris", por mucho que el demandado no peseyese sino un objeto particular, por mínimo que fuese, o el demandante no fuese sino heredero por su cuota parte!"

" Aunque de carácter real, la " hereditatis petitio", participó en cierta medida de la naturaleza de las acciones personales -- porque no fue exclusivamente confonada a la persecución de derechos reales, ni a demandar a un poseedor cualquiera, y como el título de heredero era indeleble, apunta Accarias, no estaba expuesta como las otras acciones reales a extinguirse por la usucapio el desuso o la " Prescriptio longi temporis"

bastaba la "possessio juris", como el que siendo deudor de particularidades en consideración a las cuales, Dioclesiano la llamó Actio mixta personalis. a al acto su calidad de heredero.

OBJETO.- Objeto de ella era: a) El activo hereditario comprensivo de los derechos de propiedad y créditos de la herencia el día de la apertura de la sucesión; y b) las cosas dependientes de la herencia, aun cuando, sobre ellas no se tuviese el derecho de propiedad, como por ejemplo, aquellas cuya usucapion, aunque comenza da por el difunto, no se había cumplido antes de su fallecimiento, o las que habiéndose prestado o de positado en su poder, estaban sujetas, a la obligación de ser devueltas a su dueño". Girard Manual Elementaire de Droit Romanins, pág. 899.

TITULAR DE LA ACCION.- Como "titular de la acción estaba el heredero obligado a justificar: 1º El fallecimiento de su causante y el grado de parentesco que le unía a él y del que derivaba su calidad de su sucesor, si se trataba de una sucesión ab-intestato, y fuera de ésta hipótesis la existencia de una institución testamentaria o de un Codicilo regular, o bien la realidad de la venta y el derecho de su autor; y 2º La lesión inferida a su derecho hereditario, de naturaleza variada, pero que por lo regular consistía en la posesión de las cosas hereditarias, lo cual supone que el actor no las poseía".

" Esta acción se la podía intentar contra el autor de la lesión del derecho, por lo común contra el que poseía las cosas pro herede o pro possessore". Poseía "pro herede", el que para conones tar su detentación, se atribuía la calidad de heredero, y "pro possessore", el que interrogado a que título lo hacía, respondía: "possideo quia possideo", sin producir ningún título particular que le confiere la posesión, razón por la cual decíasele "praedo", vocablo que aunque rico en matices varios se tomaba habitualmente por sinónimo de malae fidei possessor", como lo sería el que a sabiendas hubiese adquirido la herencia de otro".

" No hacía falta que el demandado tuviese precisamente la posesión rei" o sea, la posesión de la cosa. Casos había en que

deteriores sufridos por culpa o dolo del demandado desde la

bastaba la "possessio juris", como el que siendo deudor de la sucesión y para negarse a devolver sumas hereditarias que había cobrado, negaba al acto su calidad de heredero.

Según Ulpiano la petición de herencia no era viable contra el dador sino cuando el mismo se pretendía heredero, o sea, cuando la "possessio facti aut juris" se ejercía "pro herede", sea de buena o de mala fe. En este caso el conflicto se reducía a resolver quien de entre ambos era el heredero. Y en esto precisamente va la diferencia entre la hereditatis petitio", sólo admitida contra el que poseía a tales títulos, y la "reivindicatio", admitida indistintamente contra todo poseedor."

Dentro de este orden de ideas, y una vez admitida la demanda y notificado el demandado, "durante el juicio el demandado quedaba provisoriamente en posesión de la herencia o de las cosas hereditarias reivindicadas, pero a condición de -- prestar " la cautio judicatum solvi", promesa personal enderezada a asegurar al actor la restitución o la ejecución de las condenas pronunciadas por el juez, pero pudiendo disponer con autorización del magistrado, en interés de la herencia, de las cosas perecederas sujetas a deterioro."

El demandado no tenía prueba alguna que producir. Sólo el actor, debía justificar su calidad de heredero, o sea, su título".

"En la sentencia la labor del juez, estaba encaminada a verificar, si existía, o no, el derecho que el actor reclamaba, debiendo en algunos casos condenar al demandado, quien podía sustraerse a esta, devolviendo los bienes hereditarios, dentro del plazo fijado por el juez."

" Si no lo hacía, debía pagar el valor del perjuicio ocasionado al actor de acuerdo con la evaluación hecha bajo juramento por él. Esta indemnización debía cubrir las pérdidas y deterioros sufridos por culpa o dolo del demandado desde la

promoción del juicio, y según el Senado Consulto de Adriano todo aquello en que aun siendo de buena fe, se hubiese enriquecido al tiempo de la sentencia: como el precio de las cosas enajenadas, las sumas y frutos que hubiere percibido a título hereditario. Si fuese de mala fe debía responder de todo perjuicio resultante al heredero, de la privación de -- que fué objeto, a partir del día en que la posesión de mala fe comenzó: los frutos percibidos y también los que pudo percibir, "percepti, et percipiende", y debía igualmente todos los deterioros que por su culpa o negligencia hubiese sufrido en cualquiera época las cosas hereditarias y en fin el valor de las cosas que poseyó en cualquier época que fuese, aun cuando al tiempo de la promoción de la acción las hubiese dejado de poseer, a menos que la posesión hubiese cesado por caso fortuito". Luis de Gásery, Derecho Hereditario, T. II, pág. 157 y ss. Cap. X núm 185.

Lo trascrito anteriormente constituye la fuente de la cual tomó nuestro Código Civil, lo relativo a la estructuración de la acción de petición de herencia. Nuestro Derecho muy poco se apartó del Derecho Romano. De manera que en esto radica la importancia de esta transcripción. No hacemos un estudio con más detalles, porque esta es labor, de investigadores sobre la materia, profesores universitarios, eruditos, romanistas, etc., . . .

**GENERALIDADES** .- Por la sucesión por causa de muerte, el heredero adquiere el derecho a la herencia, desde el momento del fallecimiento del causante. De este derecho puede ser privado el heredero por otra persona que ha tomado posesión de los bienes del difunto alegando un título de heredero que no tiene en realidad y por eso se lo llama heredero aparente, puede ser de buena o de mala fe; caso en el cual el verdadero heredero no puede quedar desamparado, la ley le otorga una acción especial llamada petición de herencia para recuperar su derecho esta acción es de carácter real, porque nace del derecho real de herencia; también tiene

la acción de dominio o acción reivindicatoria, cuando el ocupante posea un bien de la herencia, discutiendo al verdadero heredero, no su vocación hereditaria, ni tampoco pretendiendo para sí la calidad de heredero, sino que alega que retiene dicho bien porque este no pertenecía al difunto. El demandante en este caso tendrá que probar, no su derecho a la herencia sino que el mencionado bien, si pertenecía al difunto, dando lugar esta controversia a juicio reivindicatorio porque lo que se discute es el dominio, al paso que en el primer supuesto el juicio será de petición de herencia.

INSUFICIENCIA DE LAS ACCIONES DEL DIFUNTO.- Al transmitírsele la herencia al heredero, este tiene que afrontar situaciones difíciles de las cuales debe salir airoso, en orden a defender su derecho, por eso para que su derecho no se ilusorio, las acciones que sancionan su derecho a la herencia no deben ser las mismas de que gozaba el de cujus porque estas son insuficientes, debe poder gozar a más de ellas, de una acción que lo capacite para defenderse de todos los detentadores. Si le discuten derecho de propiedad podrá instaurar la acción reivindicatoria, pero si es su mismo título de heredero tendrá que hacer frente con la acción de petición de herencia, que " es en efecto, la acción que da la ley al heredero para hacer reconocer su título, con todas las prerrogativas que implica en relación a quienes pudieran discutirlo, constituye la sanción de todo llamamiento hereditario, lo mismo que la reivindicación representa la sanción de la propiedad, o la acción confesoria la sanción del usufructo". Luis Josserrand, Derecho Civil Francés # 1.009.

QUE OTRAS ACCIONES CORRESPONDEN AL HEREDERO COMO SUCESOR DEL DIFUNTO, EN CUYA PERSONALIDAD SE SUBROGA?

" Corresponde también al heredero, como sucesor del de cujus, en cuya personalidad se subroga, el ejercicio de las demás acciones que ha podido este hacer valer, así como los inter-

dictos posesorios que podían corresponderle, en la misma forma y en los mismos términos en que el "de cujus" podía tener tales acciones y hacer uso de tales interdictos, con la sola excepción de aquellos que no son transmisibles por sucesión hereditaria".

"Más el heredero no puede prevalerse, en esta calidad, de un derecho más sólido, ni más amplio que aquél de que gozaba el difunto". Luis Claro Solar "Derecho Civil Chileno", T. XVI "De la Sucesión por causa de muerte. pág. 233 # 1.939.

Nuestra Corte Suprema de Justicia dice al respecto: "Por la transmisión sucesoral, o sea, por la vocación hereditaria, el heredero se encuentra desde la apertura de la causa mortuoria en sustitución del difunto. Adquiere el heredero todos sus derechos de administración y goce, el ejercicio de todas las acciones transmisibles que pertenecían al difunto, reales o personales, posesorias o petitórias". (Cas. 27 de febrero de 1.946, LX, 49).

El que probare su derecho a una herencia, tendrá acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aún aquellas de que el difunto era merecedor, como depositario comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieran vuelto legítimamente a sus dueños".

El Código alemán que a diferencia del francés, el reglamento municipalmente la acción de petición de herencia, trascribe la de fine, ya que en su artículo 2.018 dice:

"El heredero podrá pedir de cualquiera que en virtud de un derecho de sucesión que en realidad no le corresponde, haya obtenido todo o parte de aquella, la restitución de lo que posea sin derecho".

## CAPITULO PRIMERO

### DE LA DEFINICION Y DENOMINACION DE LA ACCION.

"Escríche, la define, " La acción que se concede al heredero de un difunto para pedir los bienes hereditarios de cualquiera que los tuviere en su poder en calidad de heredero o de poseedor, - con los frutos, accésiones y pertenencias". Escríche, Diccionario, V, Petición de herencia.

El Dr. Luis Claro Solar tratadista chileno, de gran renombre le hace una crítica acertada a esta definición, en su obra citada, con la cual estamos de acuerdo; al efecto dice" que más que una definición es esta una explicación de la denominación que se da a esta acción que corresponde al heredero en su calidad de tal, para asegurarle el reconocimiento y respeto de sus derechos" Claro Solar, obv cit. pág. 234.

Nuestro Código Civil hizo otro tanto, al decir en el artículo 1.321: " 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 aún aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños".

El Código alemán que a diferencia del Francés, si reglamentó minuciosamente la acción de petición de herencia, tampoco la define, ya que en su artículo 2.018 dice:

" El heredero podrá pedir de cualquiera que en virtud de un derecho de sucesión que en realidad no le corresponda , haya obtenido todo o parte de aquella, la restitución de lo que posea sin derecho".



Consideramos necesario indicar la discusiones habidas en Francia, respecto al objeto que persigue la acción de petición de herencia. Se ha sostenido, en primer lugar, que la acción es pre-judicial, o sea, que ella, "se reduce únicamente a la calidad de heredero y que la persecución del fin material en vista del cual el heredero reclama el reconocimiento de su derecho como tal, judicialmente debe obtenerse por acciones distintas, que serán las mismas que pertenecían al difunto".

Otros han sostenido que la acción de petición de herencia tiene un doble objeto: 1º El reconocimiento de la calidad de heredero y 2º, la restitución de los bienes de la herencia o de una cuota de ella obtenidos en un mismo juicio.

Este segundo sistema es el que ha prevalecido, y el primero ha sido rechazado; acojemos las palabras de Baudry-Lacantinière y Wahl, citados por Claro Solar, para refutar la primera teoría:

"Prácticamente dicen los mencionados autores, la teoría generalmente admitida tiene la ventaja de evitar complicaciones. Parece reprochársele autorizar al heredero a contentarse con la prueba de esta calidad, sin forzarle a demostrar la propiedad de su autor sobre los bienes reclamados. Más es esta una solución de buen sentido: el demandante no tiene que demostrar sino los hechos discutidos por su adversario; si, pues, el demandado pretende poseer como heredero o niega al demandante esta calidad, la sola prueba que el demandante debe rendir se refiere a la calidad de heredero. Si el demandado posee a otro título, como adquirente por ejemplo, es entonces su propio derecho de propiedad el que el demandante debe probar. Son dos hechos, independientes el uno del otro y de los cuales, sólo el primero constituye el objeto de la petición de herencia. Un mismo derecho, se objeta aún, no puede dar lugar a dos acciones diferentes; en consecuencia, será preciso, en la opinión común, obrar para reclamar un objeto hereditario ya por la petición de herencia, ya por la reivindicación, según que el poseedor discutirá o no la calidad de heredero".

Por eso dicen los autores, entre ellos Jossierand" Bastará que uno de los dos, no tuviese semejante pretensión y se presentase como un causahabiente a título particular, combinatorio, natorio, legatario, etc., para que la pretensión presentada al contra la persona a quien este último ha vendido el objeto depositado, Es, pues, en suma, erróneo que se quiera reconocer a la petición de herencia, el carácter de una acción prejudicial, que sirva de preliminar a otras acciones; la petición de herencia es la reclamación de la calidad de heredero; ella acarrea consigo y en la misma instancia la orden de restituir el patrimonio hereditario". hermano, padre, etc.

ORIGEN DEL NOMBRE .- " El nombre de petición de petición de herencia, "petitio Hereditatis" es de origen romano y con este nombre aparece designada esta acción en muchas leyes; pero también se la llama a veces "vindicatio", aplicándose la primera denominación particularmente al reconocimiento de la calidad de heredero; y la segunda a la entrega de las cosas de la herencia vindicadas de manos del poseedor que no posee como heredero". Claro Solar, pág. 235, ob.ct.

#### CARACTERES DE LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA .-

LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA ES GENERAL .-

Lo que el heredero defiende por esta acción, es su herencia, la universalidad jurídica, constituida de bienes, derechos y acciones, en una palabra el patrimonio, que ha sido definido por el Dr. Carrizosa Pardo, diciendo que " es un atributo de la personalidad humana, que comprende el conjunto de todos sus bienes y obligaciones apreciables en dinero ". Carrizosa Pardo, ob. cit. pag. 9 .

Este patrimonio, cambia de titular al morir una persona, este proviene a radicarse en cabeza del heredero, desde el mismo instante de la muerte, aunque el heredero lo ignore. Por eso en la con-

Por eso dicen los autores, entre ellos Jossierand" Bastará que uno de los dos, no tuviese semejante pretensión y se presentase como un causahabiente a título particular, comprador, donatario, legatario, etc., para que la instancia quedara reducida a las modestas proporciones de un juicio reivindicatorio". Luis Jossierand, ob. ct. # 1.012.

ES UNA ACCION REAL.- Un derecho sin acción es algo sin contenido, el derecho que sanciona esta acción es absoluto, se puede oponer a todo el mundo, no sólo a determinadas personas, porque el título de heredero no es realtivo, o se es hijo o no de determinada persona, o se es hermano, padre, etc. o no se es.

Además nuestro Código Civil consagró expresamente en su artículo 665, que la acción de petición de herencia es una acción real, porque entre los derechos reales, incluyó el de herencia, y dijo en su parte final "De estos derechos nacen las acciones reales".

Ahora bien, En su amplio significado el heredero es propietario de la Sucesión (art. 670), y poseedor legal de ella; su derecho es una especie de propiedad, provista de acción correspondiente". Carrizosa Pardo, ob. ct. Pág. 98.

La Corte dice: " Siendo real el derecho de herencia (art. 665), está caracterizado por el atributo de la persecución, que la acción de petición de herencia pone en marcha. La acción puede definirse: la que tiene quien se crea heredero de una persona fallecida, contra el que pretende o tiene la herencia llamándose heredero, con el fin de que a aquél se le reconozca esta calidad, como sucesor único o concurrente y se le restituya la herencia". Sentencia de 28 de febrero de 1.955, G. J. LXXIX, 542).

De manera que el derecho de herencia siendo real, tiene las características que de éstos derechos se predicán; esto es absoluto, oponible "erga omnes", de aquí se desprenden dos cualidades, el derecho de persecución y el derecho de preferencia; por el primero el titular de éste, lo puede perseguir en manos de quien esté; por el segundo excluye a to--

los bienes raíces, y los que lo pretendan.

Por lo que no podemos menos que concluir, que es real el derecho de herencia, y real la acción que nace de este derecho; o sea, la acción de petición de herencia. De manera que la única diferencia que existe entre el derecho de herencia y el derecho real por excelencia que es el de dominio, está, en que mientras el dominio recae sobre cosas singulares, el de herencia sobre la universalidad del patrimonio. Por eso ha dicho la Corte " Por la muerte de un individuo, el heredero adquiere " per universitatem", el dominio de los bienes de la sucesión, pero no el dominio singular respecto de cada uno de ellos". Garavito, T.III, Nº 1.841.

#### LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA ESTA SUJETA A PRESCRIPCION

La petición de herencia no es perpetua. Dicha acción prescribe en 30 años, según el art. 1.326, plazo correlativo al de la usucapión extraordinaria, art. 2.533, y fijado en 20 años por la ley 50 de 1.936 art. 1º que dice: Redúcese a 20 años el término de todas las prescripciones treintenarias, establecidas en el Código Civil, tales como la extraordinaria adquisitiva de dominio, la extintiva, la de petición de herencia....."

"El dominio de los derechos reales se gana por prescripción, y por este mismo modo se pierde, pues la prescripción adquisitiva es un modo de adquirir el dominio que al mismo tiempo opera como prescripción extintiva del derecho". Carrizosa, Pardo, ob. cit. pág. 35.

"Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales". (art. 2.518 inc. 1º.

"Este modo de adquirir se funda en la posesión, y el derecho de herencia, como todos los derechos reales, también es susceptible de ser usucapido". art. 2.533.

"La prescripción adquisitiva es ordinaria y extraordinaria" art. 2.527. "La primera exige posesión regular no interrumpida, y su término es de 3 años para los muebles y 10 años para

los bienes raíces" .

"Cada dos días se cuentan entre ausentes por uno solo para el cómputo de los años " .

" Se entienden presentes para los efectos de la prescripción los que viven en el territorio de la República, y ausentes - los que residen en país extranjero ". Arts. 2.528 y 2.529 .

"La segunda no exige más circunstancias que la posesión y el tiempo sin que se interrumpa ni suspenda, porque, corre contra todo el mundo".

Nosotros sabemos que el heredero, de pleno derecho, es reputado poseedor de la herencia desde que se le defiere, por lo cual el heredero putativo no puede pretender jamás ser poseedor regular de la herencia. La posesión material que puede tener carece de justo título ( art. 764 inc. 2º ), y no es poseedor regular por eso mismo". Este último artículo citado dice; en su inciso 2º : " Se llama posesión regular la -- que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión ". " Salvo el importante caso de que hemos hablado, -- concerniente al heredero putativo que ha obtenido decreto -- sobre posesión efectiva. Este tal puede aspirar a usucapir - la herencia como prescribiente ordinario, con diez años de - posesión, porque el decreto le sirve de justo título ( art., 766 inc. 4º ), y puede oponer con éxito la excepción al verdadero heredero " .

" Por consiguiente, quien ocupa una herencia sin derecho, no la adquiere nunca por prescripción ordinaria ( salvo el - caso que se acaba de mentar), sino por prescripción extraordinaria cuyo término es de 20 años " .

De esto se desprende que la acción de petición de herencia prescribe en 20 años, ( ley 50 de 1.936, art. 1º ) que se comienzan a contar desde el día de la delación; o en 10 años de prescripción ordinaria contra el heredero putativo que obtuvo posesión efectiva.

El heredero bajo condición suspensiva, contará su plazo -- desde el día en que se cumple la condición ". Carrizosa Pardo, ob. ct. págs. 35 y 111 .

LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA ES DIVISIBLE.

Si hay varios herederos y cada uno de ellos obra por su cuenta propia, sin representar a los demás, y la decisión dictada, sólo para él o contra él tiene efecto; lo mismo si hay varios terceros que se comportan como sucesores universales, varios herederos aparentes, la acción debe ser ejercitada contra cada uno de ellos individualmente.

DIFERENCIAS ENTRE LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA Y LA ACCION REIVINDICATORIA.

Ya, en lo que llevamos de nuestro trabajo hemos puntualizado algunas; más hemos creído conveniente fijar los elementos esenciales de cada una, ya que sus diferencias no son simplemente teóricas sino prácticas.

En la acción de petición de herencia, el titular es el heredero, al paso que, en la reivindicatoria, lo es el propietario. En la petición de herencia se reclama un derecho a la universalidad del patrimonio o a una cuota en esa universalidad, en la reivindicatoria se persiguen cosas particularmente consideradas.

Hay petición de herencia si el demandado pretendiéndose heredero contradice el título de tal, en que funda su acción el demandante, y reivindicación si el demandado pretende haber ganado la cosa por otro título que el de heredero; como legatario, donatario, cesionario y aunque su causante sea el propio difunto o un tercero.

Explicando nuestra Corte Suprema de Justicia las diferencias entre la acción reivindicatoria y la de petición de herencia, dice : " La acción reivindicatoria se distingue de la acción de petición de herencia por razón de origen, objeto, partes, controversias y pruebas".

"Así: 1º La reivindicación se origina del derecho real -

## CAPITULO SEGUNDO.

de dominio; la petición de herencia, del derecho real de herencia; 2º La reivindicatoria tiene por objeto una cosa singular, esto es particular, determinada y cierta; la petición de herencia tiene por objeto una cosa universal, con universalidad de derecho y de hecho ( Hay universalidad de hecho, como un rebaño, una biblioteca que pueden reivindicarse). 3º La reivindicatoria corresponde al verdadero dueño contra el que posee una cosa singular que no es suya; la petición de herencia corresponde al legítimo heredero contra el que ocupa indebidamente una herencia diciéndose heredero. 4º La reivindicatoria da origen a un juicio en que se discute la calidad de dueño, la de petición de herencia da origen a un juicio en que se discute la calidad de heredero; 5º La reivindicatoria impone al actor la carga de probar el derecho de propiedad que invoca; la de petición de herencia impone al actor la carga de probar su calidad de heredero ". Casación, 28 de septiembre de 1.936, G. J. XLIV, 156; 16 de octubre de 1.940, L, 371).

Sin embargo, tienen varios puntos de contacto ya que siempre se trata de determinar la prevalencia entre dos titularidades en lucha y lograr en consecuencia una restitución de bienes; por masas que la distinta índole de estas titularidades y bienes sobre que se proyectan ( titularidad dominical de un bien singular, en la reivindicatoria y titularidad hereditaria de bienes contemplados como partes integrantes de una sucesión, en la petición de herencia), provoquen ciertas particularidades diferenciales en la regulación jurídica de tales acciones.

Además el artículo que venimos comentando, que la acción se "para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como incorpóreas", de aquí deducimos el noble objeto que tiene la acción de petición de herencia.

Así como: "el reconocimiento de la calidad de heredero que"

## CAPITULO SEGUNDO.

### PRECEPTOS DEL CODIGO QUE CONSAGRAN LA PETICION DE HERENCIA.

La acción de petición de herencia está consagrada en nuestro código, en el Capítulo 4º, Título 7º Libro 3º, bajo el epígrafe "De la petición de herencia y de otras acciones del heredero", de manera que "no todas las que trata son peculiares del heredero, pues en la reivindicación obra como dueño o comunero en la herencia, pero esta acción no dimana exclusivamente de la calidad de heredero". Carrizosa Pardo, ob. ct.pág. 97 . ( arts. 1.321 a 1.326 inclusive).

Nos proponemos analizarlos en su espíritu y alcance, también analizaremos, algunas disposiciones referentes a la acción reivindicatoria, con las cuales tiene estrecha conexión ya que algunas de las disposiciones del Capítulo 4º, se remiten a las del título 12º Lib. 2º, Cap. 3º de la obra citada, para que nuestro trabajo quede lo más completo posible.

Por ahora y en este capítulo, nos trazamos el siguiente plan: Personas que pueden intentar la acción; Personas contra quienes procede; Objeto perseguido; prueba en este juicio.

Comenzamos por analizar el artículo 1.321, para deducir las personas que son titulares de dicha acción.

Dice así la mencionada disposición: "El que probare su derecho a una herencia, ocupada por otra persona en calidad de heredero, tendrá acción ....." indica hasta aquí, las partes en contienda: por una parte el actor que es la persona a quien es deferida por ley o por testamento una herencia, es quien deberá comprobar su derecho a esa herencia, o sea, su calidad de heredero a que tal acción le da derecho; asimismo indica, la persona contra la cual está dirigida esta acción o sea, aquella que ocupa o posee la herencia en calidad de heredero.

Agrega el artículo que venimos comentando, que la acción es " para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias tanto corporales como incorpó- rales" , de aquí deducimos el doble objeto que tiene la acción de petición de herencia .

A saber : "el reconocimiento de la calidad de heredero que -

el demandante deberá haber probado en el juicio y consecuen- cialmente la restitución de las cosas hereditarias poseídas por el demandado y que constituyen el patrimonio dejado por el difunto, no únicamente las cosas pertenientes a la per- sona de cuya sucesión se trata y consistentes tanto en bie- nes corporales como incorporeales, sino, "aún aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatarío, - prendario, arrendatario, etc., y que en dicha condición figu- raban en el patrimonio".

Y concluye Claro Solar diciendo " queda así justifi- cada la definición que hemos dado", y que nosotros acojimos, como acertada. Aquí está: La petición de herencia es " La -- acción que tiene el heredero contra el poseedor de una heren- cia que se da por tal para que se le reconozca su derecho a la totalidad de la herencia o a una cuota de ella y se le -- restituyan las cosas hereditarias, corporales o incorporeales que constituían el patrimonio del difunto fueran o no de su propiedad". Claro Solar, ob. ct. pág. 238.

PERSONAS QUE PUEDEN INTENTAR LA ACCION.- El ejercicio de es- ta acción según el artículo 1.321, del cual como hemos visto se desprenden muchas consecuencias dice: " El que probare su derecho a una herencia...."

De esto deducimos claramente que pueden intentar la petición de herencia:

El heredero testamentario, el heredero legítimo, que reciben su vocación hereditaria, o aptitud para heredar - de la voluntad del hombre o de la ley unido al modo de la Su- cesión por causa de muerte, siempre que prueben sus derechos correspondientes.

Es oportuno declarar ahora que nuestra ley no distingue, entre asignación universal y asignación a título universal, - ni por consiguiente entre heredero universal y heredero a tí- tulo universal, pero como bien lo dice el Dr. Hernando -

Carrizosa Pardo, en su obra citada, pág. 15 N<sup>o</sup> 16, "Para mayor claridad se puede reservar el dictado de asignación universal a la que confiere vocación a todo el patrimonio, y de nominar asignación a título universal al llamamiento de cuota".

"Además el código expresamente y con razón declara que no hay otras asignaciones que las que se hacen por causa de muerte, ya sea, por el testador o por la ley. Los mismos derechos tienen y a las mismas obligaciones están sometidos los herederos testamentarios que los herederos ab-intestato, porque los herederos no se distinguen por el origen de su derecho, sino por la naturaleza y la extensión de su llamamiento". (art.1.010) Carrizosa Pardo, N<sup>o</sup> 14 Pág. 14.

De manera que el heredero único, el heredero universal y el heredero de cuota, pueden intentar la acción probando su carácter de tales, y una vez probado pueden exigir que se ordene la restitución de las cosas hereditarias, que en su totalidad o en una cuota les correspondan, y que estén en poder del demandado o demandados.

Lo importante en este caso es la prueba del derecho a la herencia, como se desprende del artículo 1.321; probado el carácter de heredero, se obtiene la restitución, no importa que el objeto ocasional del litigio, sea uno o varios bienes hereditarios; el heredero con la prueba de su derecho que es general a todo el patrimonio, recobra los bienes hereditarios que estén en poder de los demandados, sea uno o varios.

Es necesario advertir que los titulares de la acción que hemos mencionado, mientras la sucesión no se haya liquidado, deben reclamar su derecho, no para sí individualmente, sino para la herencia, esto es consecuencia de que la sucesión no se ha liquidado; será al finalizar el juicio de sucesión y una vez aprobada la partición, cuando el heredero adquiere el dominio de cada uno de los bienes, de ésta, cuando podrá reclamar para sí; mientras tanto, como ya lo hemos manifestado, tiene un dominio "per universitatem", sobre toda la universalidad jurídica.

Por último, el juez en la sentencia, una vez que ha verificado, que el demandante probó plenamente su título de heredero preferente, no debe declarar que se adjudica la herencia al demandante; citamos estas palabras de la Corte " que la adjudicación queda hecha con declarar que el heredero es de mejor derecho, que el que la ocupa en calidad de heredero, y ordenar la restitución de los bienes, al primero. El derecho de herencia no se reconoce diciendo precisamente el sentenciador que la adjudica al demandante, sino declarándole heredero, con exclusión del demandado, y disponiendo que este restituya los bienes". Cas. 31 de marzo de 1.923, XXIX, 106.

En caso de fallecimiento de un heredero, la puede intentar, su heredero, si el causante murió sin haber alcanzado a ejercitarla, pues la herencia se transmite a aquél y puede reclamarla de los que la han ocupado indebidamente; ya que si es verdad que en nuestro Derecho Colombiano no se reconocen herederos necesarios, -o sea, aquellos obligados a aceptar la herencia, que carecían de derecho de opción-- el causahabiente de una herencia, cuyo causante murió sin entablar la acción, dejó a su sucesor el camino expedito para intentarla, y este puede libremente aceptarla o repudiarla, y precisamente el hecho de ejercitar la acción de petición de herencia implica un acto de aceptación.

" Puede también entablar la acción de petición de herencia, el cesionario a título oneroso de los derechos hereditarios del heredero".

De esto surgen tres hipótesis en nuestro Derecho:

**PRIMERA HIPOTESIS.**- El heredero vende bienes especificados de la herencia, durante la indivisión, terminada esta por la partición, y si los bienes vendidos son adjudicados al cedente - no hay problema de acuerdo con el art. 1.401 inc. 1º que dice: "Cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto, , en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión".

Pero si los bienes no le fueron adjudicados al cedente, sino a otros, entonces se podrá proceder como en el caso de venta de cosa ajena, como lo ordena el inciso 2º del mismo artículo que dice: Por consiguiente, si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de venta de cosa ajena".

SEGUNDA HIPOTESIS.-El heredero que vende su derecho a la herencia, sin especificar los bienes que la componen, la venta es válida, y por eso si el comprador o cesionario ha sido evicto, el heredero cedente citado por el anterior, tiene -- que demostrar su calidad de heredero y la existencia de la sucesión; el cesionario tiene acción de petición de herencia contra el que ha ocupado o posee la herencia y defiende su derecho, amparado por el cedente.

TERCER HIPOTESIS.- Si alguno ha vendido o dedido, no sus derechos hereditarios, sino sus pretensiones a la herencia caso de tener algunas. En tal evento el cesionario no puede citar de evicción al cedente, ni ejercitar recurso alguno contra él, salvo que probara que al efectuar la cesión el cedente tenía conocimiento perfecto, de que las pretensiones que vendía se hallaban mal fundadas, en esta hipótesis, el cesionario tiene acción de dolo contra el cedente.

También tiene acción el heredero fideicomisario, una vez cumplida la condición, pero mientras penda la condición, no tiene ningún derecho sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo.

La acción no puede ser instaurada por el legatario por cuanto este no es heredero, y este puede reclamar su asignación a título singular, de manera que la acción que este tiene, que instaurar es la reivindicatoria, porque su derecho se reduce a una cosa singular.

CONTRA QUIENES SE PUEDE EJERCITAR LA ACCION.-

El artículo 1.321 del C. C. con relación al problema-

que nos ocupa, dicá que la acción de petición de herencia se dirige contra "la persona que la ocupa en calidad de heredero"; " y que, por lo mismo niega al demandante la calidad de heredero que se atribuye, exclusivamente o en una cuota de ella". Claro Solar, pág. 241, ob. ct.

" En el Derecho Romano según los expresaba Ulpianus, " regularmente era admitido que se hallaba obligado a la petición de herencia el que posee como heredero o como poseedor, o bien el derecho o una cosa hereditaria"; por insignificante que fuera, "licet miniman" agrega Gaius". (Claro Solar, pág. 241.

" Y explicaba Ulpianus que "posee como heredero, pro herede, possidet, el que cree que es heredero; y que , preguntándose si posee como heredero el que sabe que no lo es, Arrianus, en el libro segundo de los interdictos juzga que se hallaba sometido a la acción, derecho que se usaba según escribía Próculus. Además también parece que el bonorum possessor posee pro herede. Pero que posee como poseedor el ladrón, pro possessore vero possidet praedo, que interrogado por qué causa posee, responderá " porque poseo", o bien se pretende heredero falsamente, ya que no puede alegar causa alguna de su posesión ; y por eso el que cometió jurto o rapiña se hallaba sujeto a la petición de herencia".

"Claro Solar, resume la explicación de Ulpianus de la siguiente manera: " Según esto en el Derecho Romano la petición de herencia no podía entablarse contra aquél que poseyera en virtud de un título distinto del de herencia, o sea, que con su posesión no contradijera el derecho del demandante a la herencia: se entablaba contra el que poseía como heredero porque creía serlo o porque se daba por tal negando al demandante la calidad de heredero que hacía valer; y se entablaba contra aquél que no invocaba otra causa de su posesión que la posesión misma y que retenía con ánimo de usucapir la herencia". Claro Solar, pág. 242, ob. ct.

Estos son pues los sujetos pasivos de la petición de herencia teniendo como base la posesión, según el Derecho Romano.

Nuestro Código no siguió al pie de la letra la fórmula romana, se apartó de ésta, pero sólo en el caso de que no admite la petición de herencia, contra el pro possessore possessor, o sea, "el que no puede alegar causa alguna de su posesión que la posesión misma", pero en lo demás siguió al Derecho Romano. Ya que según el artículo 1.321 la mencionada acción procede contra " la persona que ocupa la herencia en calidad de heredero", " porque este es el que únicamente -- discute al demandante la calidad de heredero que invoca por su parte y en que se funda la acción". Claro Solar, pág.243 ob. ct.

"Por consiguiente, la acción de petición de herencia, solamente puede deducirse contra el que posee a título de heredero la totalidad o una cuota del patrimonio hereditario, o uno o más objetos o cosas de la sucesión". Claro Solar, ob. ct. pág. 243.

Veamos ahora la doctrina seguida en Alemania, la estudiaremos a través de la obra de Enneccerus, Kipp y Wolff, "Tratado de Derecho Civil", pero antes transcribimos el artículo, 2.018 del Código alemán para fijarnos en su reglamentación, dice así la mencionada disposición:

"El heredero podrá pedir de cualquiera que en virtud de un derecho de sucesión, que en realidad no le corresponda, haya obtenido todo o parte de aquella, la restitución de lo que posea sin derecho".

"Poseedor de la herencia dicen los mencionados autores, es cualquiera que haya obtenido algo de ella, en relación causal con un derecho hereditario aparente, pero inexistente en realidad; es decir en relación causal con la pretensión del derecho hereditario. Es indiferente que el mismo poseedor de la herencia crea o no en el derecho aparente".

" El código Civil también se ha decidido por el reconocimiento de una pretensión unitaria de la petición de herencia. Realmente esto es discutido, pero la mayoría se inclina por esta opinión y agregan que según la estructura de lo que el Código Civil, llama pretensión de herencia, debe ser afirmado.

cubrir estos supuestos:

De todas maneras no es necesario que el poseedor tenga toda la herencia en su poder, pero lo que tuviere es reclamado como parte del todo de la herencia. Según la idea fundamental de la pretensión de herencia, el punto discutido no es tanto si un determinado objeto pertenece o no al patrimonio del fallecido, sino quien es el dueño actual del patrimonio".

Y más adelante agregan " Si no existiese la pretensión de la herencia sino que este nombre se diera a una pluralidad de pretensiones singulares, distintas en cada caso no existiría una prescripción unitaria de la petición de herencia, sino que cada uno de los derechos prescribiría por si mismo. El artículo 2.026 del mismo código reconoce una prescripción unitaria de 30 años de la pretensión de herencia, cuando al quien consigue varios objetos del caudal relicto, mediante actuaciones aisladas, infringe varias veces el derecho global del heredero sobre este patrimonio".

"Cada nuevo acto fundamenta la pretensión de la herencia, -- con el efecto de que el poseedor de ésta, debe entregarlo -- todo ( incluso lo obtenido anteriormente) y el plazo de -- prescripción transcurre en relación a la totalidad de lo obtenido, al cabo de 30 años contados a partir del último acto de entrar en posesión".

"Cuando la ley en el art. 2.029 del C. C. Alemán, supone -- que el el heredero puede disponer de pretensiones singulares junto a la de petición de herencia, que con esta concurren, y prescribe que el contenido de estas pretensiones queda no dificultado según los preceptos relativos a la pretensión de -- la herencia, dice algo que según los anterior es exacto y bien razonado. De los dicho podemos concluir que ésta acción única llamada petición de herencia, no obsta a que se la limite a la reivindicación de cosas particulares, sin que por eso pierda su naturaleza originaria, tal como así lo preceptúan los arts. 2.018 y 2.029 del C. C. alemán".

En el código alemán de acuerdo a lo transcrito podemos des-

cubrir estos supuestos:

Las mismas reglas de la acción reivindicatoria; así mismo, y en lo anterior no fueren: 1º Que el detentador, ocupante o poseedor, haya tomado algo de la herencia: puede referirse al total de la herencia, a una cuota de ella, y por último a un objeto cualquiera de ella como componente del todo. especie de las que pertenecían al difunto" precisamente para sus traerse a la acción. 2º Que lo haya hecho en virtud de un derecho hereditario.

En esto se resume por decirlo así, la doctrina del Código alemnán sobre el problema que nos ocupa.

LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA SE PUEDE INTERPONER CONTRA LAS PERSONAS QUE POSEYERON PERO QUE HAN DEJADO DE POSER?

Los casos contemplados hasta aquí de petición de herencia, van dirigidos contra personas que se encuentran en posesión actual de la herencia, o de una cuota, o de uno o más objetos de ella, será necesario que consideremos, si cabe la acción contra personas que poseyeron, pero que por hecho o culpa suya, dejaron de poseer.

El código civil, en ninguno de los artículos, que organizan el régimen de la acción de petición de herencia, consagra expresamente este derecho, en cambio en la acción reivindicatoria si tuvo el cuidado de restablecerlo expresamente en el artículo 957 que dice: Ulpianus. Disponía este

Senado Consulto que "aquellos que hubieran entrado en posesión de los bienes de una herencia sabiendo que no los poseían por mala fe y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, podrá intentarse la acción de dominio, como si actualmente poseyese".inc. 1º. Claro Solar, ob. cit. pag. 244.

De manera que no creemos errar al pensar, que la acción de petición de herencia, también pueda instaurarse contra el poseedor de mala fe, que dejó de poseer. Apoyamos nuestra opinión primero en el principio de analogía, ya que en el fondo, en ambos casos se trata de recobrar un derecho; además el artículo 1.323, se remite en cuanto a la restitución de frutos y abono de mejoras en la petición de herencia, a

las mismas reglas de la acción reivindicatoria; así mismo, y si lo anterior no fuere suficiente invocamos en favor de nuestra tesis, los principios de orden moral, ya que nadie puede beneficiarse de su propio dolo, "por la sola circunstancia de no haber conservado en su poder cosa alguna en especie de las que pertenecían al difunto" precisamente para sustraerse a la acción.

Pero se nos argumentará que las cosas de la herencia o uno o más objetos de ella, ya no existen, o no se conservan en poder del poseedor de mala fe de la herencia, porque precisamente las ha dejado de poseer; a esto respondemos, que lo que el demandante en este caso reclama no es ya la cosa, sino el precio de ella, o lo que ha recibido por ella, el poseedor en caso de haberla enajenado.

"Esta, por lo demás, es la doctrina enseñada por Pothier, - quien de acuerdo con Ulpianus expresa que está obligado a responder a la acción de petición de herencia el que dolosamente deje de poseer". "Así lo había establecido también un Senado Consulto del Emperador Adrianus, a que en la historia del Derecho Romano, se da el nombre de Juventianus -- por el jurisconsulto Juventus-Celsus, uno de los Cónsules encargados de desarrollar el pensamiento y los motivos de dicha constitución, cuyo texto aparece reproducido en un fragmento del Digesto, tomado de Ulpianus. Disponía este Senado Consulto que "aquellos que hubieran entrado en posesión de los bienes de una herencia sabiendo que no les pertenecían, aunque antes de la contestación de la demanda, dejasen de poseerlos serán condenados como si los poseyeran". Claro Solar, ob. cit. pág. 244.

También se dá esta acción como la de dominio, contra el demandado que de mala fe se da por poseedor de la cosa sin serlo y debe responder de la indemnización de todo perjuicio que de este engaño haya resultado al actor, este principio está consagrado en el artículo 954 del C. C., con respecto al demandado como poseedor en la acción reivindicatoria. También aplicamos en este caso el principio de analogía.

OBJETO PERSEGUIDO EN LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA.

Como ya hemos comprobado, la petición de herencia persigue, un doble objeto: 1º Que se le reconozca su condición de heredero; y 2º Que con base en esto se ordene la restitución de los bienes de la herencia, que como heredero único, universal o de cuota le pertenecen.

De manera que el punto principal está en probar la vocación hereditaria, si esta condición queda probada plenamente por los medios que ordena la ley, vendrá como consecuencia, en la sentencia la orden de que se le restituyan los bienes de la herencia.

En ésta controversia las partes en lucha, discuten primero su derecho preferente a la herencia, su carácter de heredero de mejor derecho, se desarrolla al principio entre las partes un debate previo sobre filiación y cada una demostrará que su grado de parentesco con respecto al causante es el más próximo, y como tal excluye al otro que en la contienda le ha discutido su derecho preferente a la herencia. Con esto el heredero triunfante obtiene la declaración de heredero con exclusión de su opositor, que ocupa la herencia en calidad de heredero y también la orden de que se le entreguen los bienes hereditarios.

Otro aspecto que hay que considerar al tratar del objeto perseguido, en la petición de herencia, es el relativo a distinguir si lo que persigue el demandante contra el demandado, son los bienes hereditarios que el demandado posee, o si la petición de herencia debe medirse sobre el derecho y no sobre lo que el demandado posea. Opinamos que la segunda de las tesis expuestas es la verdadera, por el carácter de generalidad de la acción incoada, como por la naturaleza del derecho de herencia, que dicha acción pone en marcha.

**PRUEBA .-** Como esta acción es del heredero, tiene que probar su vocación, su título, ya que afirma su calidad de tal: "Actor incumbit probatio".

jo la legislación francesa en los departamentos recuperados mantuvo en Alsacia y Lorena (art. 74), por un plazo de 10 años, que fue prorrogado por la ley de 22 de diciembre de 1.934 hasta el 1º de enero de 1.945. Las disposiciones de los artículos 2.353 a 2.368 del C. Civil local reglamentan la institución.

El Certificado de heredero es expedido por el juez cantonal del lugar de la apertura de la sucesión. (art. 75 ley de 1.924). " Luis Jossierand, ob. ct. Nº 1. 017.

Al no existir en nuestro Derecho, la figura del Certificado de heredero, no debemos entrar en más detalles, pero lo hemos incluido en nuestro estudio, para hacer resaltar la importancia y la superioridad con respecto a otras legislaciones, inclusive la nuestra.

" Entre nosotros, el carácter de heredero de una persona, no se adquiere por la declaración judicial que se haga de ese carácter, sino por el hecho de la defunción del de cujus que lo haya instituído tal, sin condición, o que, por los lazos de la sangre, se halle en el caso de ser considerado, heredero ". ( Cas. civil, agosto 25 de 1.931, XXXIX, 253).

"La prueba del título de heredero entre nosotros se reduce, a acreditar un orden hereditario preferencial, frente al orden en que se funda el adversario; quien acredite un orden preferente y que por tal motivo excluya al otro vence. Esto tratándose de sucesión intestada, en cuanto a la sucesión testamentaria, será la copia del testamento, la que sirva de prueba, pero pueden existir conflictos, cuando se impugna la validez del testamento, en este caso los demandados tendrán que acreditar su validez". (Arturo Valencia Zea, Curso de Derecho Civil colombiano, Tomo IX, Sucesiones y Donaciones).

GRADO DE PARENTESCO PARA SUCEDER.- En cuanto al grado de parentesco para suceder, ha habido reformas en nuestra legislación, unas veces se ha ampliado y en otras se ha reducido ese grado límite, y así tenemos primero, " el antiguo artículo 1.049 del C. Civil inc. 2º, según el cual " Los derechos,

de sucesión de los colaterales, se extienden al 8º grado, luego vino la reforma de éste artículo por el 88 de la ley 153, de 1.887, que fué para ampliar, la vocación de los colaterales hasta el 10º grado y para suprimir la frase final en que se llamaba al fisco en último lugar. Los proyectos de Bello no extendían, la vocación de los colaterales más allá del 6º grado, progresando sobre el derecho antiguo que lo extendían hasta el 10º. Dice Carrizosa Pardo que la modificación aprovechaba, según Dn. Andrés Bello, al cónyuge y al fisco porque en sus primeros proyectos el cónyuge venía después de los colaterales".

" De aquí que la indignidad consignada en el art. 1025, num. 3º, comprendiera a los parientes hasta el 6º grado de consanguinidad".

Por fin "una reciente ley de 1.935, la 60 lo ha estrechado al 4º grado, volviendo al precepto de la Novísima Recopilación".

"No parece discutible, la utilidad y sensatez de reducir la vocación de los colaterales al 4º grado, pues más allá de éste parentesco, es sutil presumir afectos o deberes familiares " Carrizosa Pardo, ob. ct. pág. 198.

Además esta reducción, cerró el paso en torno a dificultades existentes con respecto a este requisito, proveniente de la naturaleza misma del parentesco, constituido por una relación ininterrumpida de filiaciones, que era muy rigurosa en muchos casos, especialmente cuando había que probar, relaciones complicadas de parentesco lejano; esto debió agravarse más aún, de acuerdo al tiempo, a la dificultad de las comunicaciones, y si tenemos en cuenta que Colombia es un país de vastos territorios. Esto a pesar de que la organización del Estado Civil funciona de modo regular, desde hace mucho tiempo, pero aún así, teniendo en cuenta esa ampliación de que hemos dado cuenta del 8º al 10º grado en sucesiones abintestato, debió ser difícil aportar pruebas sin solución de continuidad, ya que a veces se desconocen los lugares de nacimiento, o celebración de matrimonios, esto unido a que esas partidas del Estado Civil, eran mal llevadas en un principio, con muchos errores, y además esos libros habían



## CAPITULO TERCERO.

PRESTACIONES MUTUAS A QUE DA LUGAR LA SENTENCIA QUE ADMITE LA PETICION DE HERENCIA.

Como consecuencia de la sentencia que admite la petición de herencia, surgen por motivos de equidad y de justicia, prestaciones mutuas, entre el verdadero heredero y el heredero putativo, o sea, aquél que se da por tal sin serlo en realidad. Así mismo el poseedor vencido en el juicio de petición de herencia, es obligado a restituir; en estas restituciones y en aquellas prestaciones tiene influencia la buena o mala fe del poseedor vencido. Separadamente haremos una enumeración de lo que comprenden aquellas prestaciones y de estas restituciones.

QUIENES SON POSEEDORES DE BUENA FE Y QUIENES SON POSEEDORES DE MALA FE.

"Por buena fe, dice la Corte, entienden los expositores la opinión o creencia en que uno está de que posee legalmente una cosa, y por mala fe el procedimiento en que falta la sinceridad y reina la malicia. Cuestiones ambas de conciencia, en que por no aparecer generalmente de manifiesto; ninguna regla o cartabón puede establecer la legislación civil sobre ella, y queda al buen criterio del juzgador definir las en caso concreto". (Cas. 30 de sept. de 1.924, XXXI, 111).

De manera que siendo una cuestión que pertenece al fuero interno, es equivocado, dar una regla general, ni tampoco una definición, es por esto que se ha dejado al juez la solución de este problema, quien con base en los hechos presentados, en cada caso concreto, podrá decidir después de un estudio a fondo del problema, si el poseedor vencido obró de buena o de mala fe.

"Tratándose de petición de herencia, son considerados poseedores de buena fe aquellos demandados que han tomado la posesión de bienes de una herencia que ellos creían de buena fe que les pertenecían, testamentariamente o ab-intestato".

"Tal es la noción que al efecto daban las palabras de la -- Constitución de Adrianus a que nos hemos referido: "hi qui, se haeredes esse existimant". "Por ejemplo, es poseedor de buena fe una persona que entra en posesión de los bienes de un difunto en virtud de un testamento que la instituye heredevo, ignorándose la existencia de otro testamento posterior en que se derogaba a aquél, y disponía de los bienes en otra forma. Del mismo modo es poseedor de buena fe un pariente -- que ha tomado posesión de los bienes dejados por otro, creyendo hallarse en el grado de parentesco llamado a la sucesión, siendo que había otro pariente, que no conocía, de -- grado más próximo" . Claro Solar, ob. ct. pags. 246 y 247.

prendias, no sólo las que al tiempo de la muerte pertenecían al "Por el contrario, son considerados poseedores de mala fe los que han tomado posesión de los bienes de una herencia a que saben que no tienen derecho; noción que resulta de es-- tas otras palabras de la Constitución de Adrianus: "qui bo-na invassissent quam scirent ad se non pertinerent". "Expli-cando estas palabtas de dicha Constitución decía Ulpianus -- que se indicaban en ella aquellos que como ladrones por fu-erza entraron en posesión de los bienes, sabiendo que la he-rencia no les pertenecía, no teniendo causa alguna para po-seerlos".

de su muerte, "esto es bienes físicos y sacros derechos", " En realidad esta noción del poseedor de mala fe de bienes de la herencia que Pothier tomó de Ulpianus, no ha sido mo-dificada por nuestro Código; y creemos que es la que corres-ponde en materia de petición de herencia". Claro Solar, pág. 247, ob. ct.

CUALES SON LAS COSAS QUE EL POSEEDOR VENCIDO DEBE RESTITUIR AL DEMANDANTE QUE HA OBTENIDO SENTENCIA EN SU FAVOR.-

El análisis de dos artículos de nuestro Código Civil nos dan la respuesta a este interrogante, ellos son: el art. 1.321 y el 1.322. El primero dice:

"El que probare su derecho a una herencia tendrá acción

De todos, porque los frutos y las mejoras se ven regidos por para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales; y aún aquellas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, prendario, arrendatario, etc., y que no hubieren vuelto legítimamente a sus dueños".

De manera que el heredero que triunfa en el juicio de petición de herencia, obtendrá la restitución de los bienes relictos, y de los que el difunto tenía a título precario. Ahora de acuerdo con la segunda disposición, entre las cosas que el poseedor vencido tiene que restituir, están comprendidas, no sólo las que al tiempo de la muerte pertenecían al difunto, sino los aumentos que ha tenido la herencia, también después; y por último los frutos que se hayan sacado de las cosas hereditarias, como es natural los frutos constituyen aumentos, pero el código hace la regulación sobre esta materia, por medio del artículo 1.323, pero también que dan comprendidos en la restitución.

En cuanto a la primera clase de cosas objeto de la restitución, no cabe la menor duda que se refiere a las cosas corporales, e incorporales que pertenecían al difunto el día de su muerte, " esto es bienes físicos y meros derechos".

Cosas que el difunto poseía precariamente.- El poseedor vencido tiene que restituir, no sólo las cosas en que el difunto tenía dominio, sino también, aquellas sobre las cuales, el de cujus sólo tenía la mera tenencia. " La mera tenencia es forma de poseer con el permiso y por cuenta de otro", reconociendo dominio ajeno.

Poseen precariamente los depositarios, comodatarios, prendarios arrendatarios, etc.

AUMENTOS.- El art. 1.322 dice: " Que la acción se refiere no sólo a las cosas que al tiempo de la muerte pertenecían al difunto sino a los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia". Importa saber ahora " De qué aumentos se trata? Razón tiene Carrizosa Pardo, cuando dice que " seguramente no

de todos, porque los frutos y las mejoras se ven regidos por normas peculiares", y continúa que " los aumentos son sómente los que han incrementado la herencia por accesión, al tenor de la máxima "accesorium séquitur principales" y el mayor valor que han ganado las cosas por causas naturales o por el mero transcurso del tiempo. Así el aluvión que crecimiento lento que dan las avenidas de los ríos a los campos, tomándolo de otros tan poco a poco que no puede entenderse - el tanto que se une cada vez, será un aumento de los que nos preocupan; lo será también los que se agrega por adjunción (art. 727), especificación (art. 732), o mezcla (art. 733) y los muebles que acrecen a los inmuebles (arts. 738 y ss.)". Carrizosa Pardo, ob. ct. pág. 100.

En cuanto a las cosas de la herencia de que están en posesión

Ahora vamos a considerar las medidas que garantizan y hacen efectiva, la devolución de las cosas hereditarias, para que no se menoscaben y para que no se haga ilusorio el derecho del actor sobre ellas, puesto que es entendido, que el demandado, iniciado el juicio, queda en posesión de los bienes, y sólo es obligado a restituirlos después de la sentencia, precisamente cuando en ella se ordena su restitución.

Este interrogante halla solución en las disposiciones del C. de Procedimiento Civil. Así, en primer lugar, tenemos que tener en cuenta, que el juicio de petición de herencia es ordinario, y en virtud de esto y de acuerdo a la ley 38 del 945, la demanda debe ser presentada con los requisitos del art. 737 del C. de Procedimiento Civil, y el juez, en el mismo auto en que la admite y antes de notificar, debe enviar un oficio en que comunica al Registrador de Instrumentos Públicos, para que en el acto la registre en el libro correspondiente, cuyo efecto es, tratándose de inmuebles, poner los bienes fuera del comercio, con lo cual queda cerrado al demandado el paso para la comisión de maniobras fraudulentas, que hagan ilusorio el derecho del demandante.

Así mismo, puede solicitar el secuestro preventivo, o el sólo secuestro, presentando las pruebas del caso, art. 894 del C. judicial con el fin de asegurar el cumplimiento de la sentencia. Estos artí

ma completa la eficacia de los derechos del demandante, en el juicio de petición de herencia, ya que el heredero verdadero queda comprendido entre las personas designadas en el art. 1.279 del Código Civil.

Después de ésta disquisición, que la consideramos oportuna, vamos a cerrar el punto relativo a las cosas objeto de la restitución por parte del demandado vencido en el juicio de petición de herencia.

DIFERENCIAS QUE HAY ENTRE EL POSEEDOR DE BUENA FE Y EL DE MALA FE, EN CUANTO A LA RESTITUCION DE LAS COSAS HEREDITARIAS.--

En cuanto a las cosas de la herencia de que están en posesión, no hay diferencia, tendrán que restituírlas tanto el poseedor de buena fe como el de mala fe, y se refiere a la clase de bienes de que ya nos hemos ocupado; más la diferencia si existe en cuanto a las cosas que no ocupan o que no están en su poder, por haberlas enajenado, destruído, deteriorado; en este caso la orden de restitución no es procedente y la obligación del demandado o demandados sufre la transformación señalada en el artículo 1.324 del C. Civil.

De suerte que respecto a la restitución de estas cosas, si eran poseídas de buena fe el demandado vencido, solamente será responsable de las enajenaciones o deterioros, en cuanto lo hayan hecho más rico, y si fueron poseídas de mala fe, será responsable de todo su importe dice el mencionado artículo 1.324. Hasta aquí llega el campo de acción de la petición de herencia, respecto a la circunstancia de que los demandados ya sean de buena o de mala fe que hayan enajenado las cosas de la herencia o las hayan destruído o deteriorado. Como vemos el heredero triunfante puede sufrir el riesgo de encontrarse ante un heredero putativo insolvente, pero para subsanar esto, la ley en el artículo, 1.325 le concede la acción reivindicatoria, para que pueda recuperar las cosas hereditarias reivindicables, que han pasado a terceros de manos del putativo, si el tercer adquirente no las ha adquirido por prescripción, pero esto será

objeto de posterior estudio, dentro de nuestra tesis.

DIFERENCIA EN CUANTO A LA PERDIDA, DETERIOROS, Y DESTRUCCION.

"La dura condición del poseedor vencido, estrechado a restituir las cosas de la herencia, no se sustrae a las normas que dirigen la extinción de las obligaciones por pérdida de la cosa debida. La hipótesis de pérdida total es de poco interés refiriéndola a bienes raíces, porque es difícil concebirla; y a obligaciones de género, porque es a ellas es inaplicable, "genera non pereunt". El tema queda circunscrito a los muebles, cuerpos ciertos. Puede entenderse que el ocupante de mala fe siempre estuvo en mora de restituir, por lo cual el riesgo de la pérdida corre de su cargo. (art. 963 y 1.731), debiendo la indemnización o el precio (art. 1.731) o sólo la indemnización por la mora si el caso fortuito habría sobrevenido igualmente a la cosa estando en poder del verdadero heredero, art. 1.731, inc. 2º). Por al contrario, el poseedor de buena fe no puede reputársele en mora sino desde la sentencia en adelante, y por ende, no soporta el riesgo de pérdida por caso fortuito (art. 1.729) inculpable; pero está obligado a probar así el caso fortuito sucedido, como el que sucedió sin su culpa (art. 1.730). Y si destruyó la cosa ignorando inculpablemente su obligación de restituir la, sólo al precio quedara obligado, art. 1.737".

"De mayor entidad es lo atinente al deterioro, porque la teoría conviene igualmente a la cosa raíz y a la mueble. La buena o mala fe es el arco toral de toda esta construcción jurídica. El poseedor de buena fe no responde ni por las enajenaciones que haya hecho, ni por los deterioros que hayan dañado la cosa en sus manos, sino en cuanto por ellos se haya hecho más rico (art. 1.324). Es lo mismo que se dispone para la reivindicación (art. 963-2º). La posesión de buena fe faculta a quien la tiene para usar de la cosa como dueño y no se le cargan los resultados de ese uso, salvo en lo que el deterioro aumente su patrimonio, porque este enriquecimiento carecería de causa. El poseedor de mala fe, por el contrario, responde de los deterioros en su totalidad; su dolo inficiona sus actos (arts. 963 y 1.324). "Carrizosa Pardo, ob. ct. Nº 97.

DIFERENCIA EN CUANTO AL MOMENTO EN QUE LA LEY TIENE EN CUENTA, PARA CALIFICARLA, DE BUENA O DE MALA FE.

"Nuestro código atiende al momento en que se inicia la posesión para calificarla de buena o de mala fe, bastando para la regularidad de la posesión que haya sido de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. (art. 764- 29), que dice: Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión".

"Debe tenerse presente, sin embargo que en materia de petición de herencia como en materia de reivindicación, el poseedor de buena fe es considerado poseedor de mala fe desde que con su contestación a la demanda queda trabada la litis con el demandante; de modo que las diferencias que existen entre el poseedor de buena fe y el poseedor de mala fe se refieren a la época anterior a la litis".

"Si el poseedor es vencido, la sentencia que lo condena a la restitución pone de manifiesto su mala fe, pues establece la falta de fundamento de su resistencia, dados los títulos invocados por el demandante que la sentencia considera prueba suficiente del derecho invocado por el demandante ya que el demandado ha debido respetar".

Claro Solar, ob. ct. pág. 248.

DIFERENCIA QUE HAY ENTRE EL POSEEDOR DE BUENA FE Y EL DE MALA FE, RESPECTO A LAS COSAS HEREDITARIAS QUE HAN DEJADO DE POSEER O CUYA POSESION NO HAN ADQUIRIDO .

Hay diferencia entre los dos, respecto a las cosas que por hecho o culpa suya han dejado de poseer; así, al poseedor de mala fe respecto de estas cosas se le considera como si las poseyera, y lo mismo sucede respecto de las cosas que ha dejado de adquirir o no ha querido adquirir.

En cambio el poseedor de buena fe sólo responde en el caso de haberse aprovechado de ellas, es decir si ha usado de la cosa en beneficio suyo; además el poseedor de mala fe de la herencia, responderá respecto al tiempo que haya estado la cosa en su poder, de los frutos, deterioros y tendrá derecho a las expensas. Por lo demás la obligación se transforma en la obligación de pagar el precio, sin tener en cuenta si se ha enriquecido o no.

El poseedor de la herencia de buena fe en cuanto a las cosas de la herencia que ha descuidado de adquirir o que no ha querido adquirir no responde, sino en el caso de que haya habido enriquecimiento a costa de ellas.

Además el verdadero heredero, tiene derecho a reivindicar la cosa de manos del tercer adquirente, que la tiene actualmente en posesión.

"este es el mismo principio que el artículo 957 de nuestro Código Civil, consagra en la reivindicación para el poseedor de mala fe, que por hecho o culpa suya ha dejado de poseer. En la reivindicación de la herencia, que se opera mediante la acción de petición de herencia tiene el demandante la misma opción de dirigirse contra el heredero aparente de mala fe, que ha dispuesto de cosas de la herencia, como si se hallara en posesión de ellas, o contra la persona que se encuentra efectivamente en posesión de esas mismas cosas; pero siempre el que deja de poseer dolosamente, tendrá además las responsabilidades consiguientes a los perjuicios recibidos por el demandante ". Claro Solar, ob. cit. pág. 255.

PRESTACIONES QUE DEBE HACER EL DEMANDANTE A FAVOR DEL POSEEDOR VENCIDO Y DE ESTE A FAVOR DEL DEMANDANTE.

La Sentencia en el juicio ordinario de petición de herencia debe decidir, a más de las restituciones de que hemos hablado, sobre las prestaciones mutuas entre las partes. Estas tienen efecto por motivos de equidad, por aplicación --

del principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa, y -- por el principio de la buena fe que rige en todas ésta -- construcción jurídica.

Las prestaciones de estos poseedores con respecto al heredero verdadero nacen, a partir de etapas distintas; para el poseedor de mala fe, desde el instante mismo en que toma posesión de los bienes hereditarios, porque su malicia, su dolo, lo hacen adquirir desde ese instante la obligación de devolverlos; en cambio el poseedor de buena fe, que se apoderó de la herencia, con la convicción sincera, de quien realizaba un acto honrado, ésta obligación nace como consecuencia de la contestación de la demanda, de manera que es en éste instante en que la buena fe se cambia en mala fe, y -- por consiguiente, los efectos de la sentencia en que es vencido el poseedor, se retrotraen a este instante, porque ante hechos comprobados es que el juez ha dictado su fallo, y si sólo desde la sentencia tuviera efecto esto daría lugar a una injusticia.

Estas prestaciones las vamos a detallar en seguida, bajo este plan: 1º Prestaciones del poseedor vencido a favor del demandante; y 2º Prestaciones del demandante a favor del poseedor vencido, teniendo en cuenta en ambos casos la buena fe.

#### PRESTACIONES DEL POSEEDOR VENCIDO A FAVOR DEL DEMANDANTE.

Restitución de frutos. -- Nuestra ley, en materia de frutos identifica, los efectos de la petición de herencia a los de la reivindicación, por cuanto el artículo 1.323 ordena que se observen las reglas de ésta acción. Hubo aquí una modificación, según lo observa, Carrizosa Pardo, ob. cit. pág. 101, con respecto a lo que consagraba el Senado Consulto Juventino, "que no obligaba al poseedor de buena fe a reintegrar -- los frutos percibidos antes de la demanda, sino en cuanto lo hubiesen hecho más rico o los hubiese consumido".

Esto en realidad es discutido entre los autores. El jurisconsulto Ulpiano se pronunciaba por la negativa --

en razón de que tal poseedor no podía perseguir a esos de-  
 Bien, de acuerdo al artículo 964 inc. 3º de nuestro Código  
 Civil, no está obligado a restituir el poseedor de buena fe  
 los frutos percibidos antes de la contestación de la deman-  
 da, pero en cuanto a los percibidos después, si situación -  
 es igual a la del poseedor de mala fe, o sea, que no sólo -  
 está obligado a restituir los percibidos sino también los -  
 que el dueño hubiera podido percibir con mediana intelligen-  
 cia y actividad teniendo la cosa en su poder, inc. 1º art.  
 964. Y deberá restituir los frutos en especie si existie-  
 ren y no se hubieren deteriorado, o su valor que tenían o -  
 hubieran tenido al tiempo de la percepción (art. 964 inc. 2º).

El poseedor de mala fe tiene que devolver, toda clase de --  
 frutos, es decir los naturales, (art. 714), y los civiles (art.  
 717), de las cosas hereditarias, y no solamente los que haya  
 percibido, sino también los que, con mediana inteligencia, -  
 se hubieran podido percibir por el dueño, desde que ocupó -  
 la herencia, o su estimación en caso de que se hayan dete-  
 riorado en su poder, advirtiendo que dicho valor es el que -  
 tengan o hubieran tenido los frutos al tiempo de la percep-  
 ción.

"La nueva ley no se distingue de la antigua en otra cosa -  
 que en haber quitado al poseedor de buena fe, la obligación  
 de restituir cualesquiera frutos percibidos antes de la con-  
 testación de la demanda. La buena fe es la conciencia de ha-  
 berse llegado al dominio por medios legítimos, exentos de -  
 fraude y de todo otro vicio (art. 768) inc. 1º, la cual re-  
 ferida a los frutos, debe apreciarse al tiempo de la percep-  
 ción". Carrizosa Pardo, ob. cit. pág. 101.

No queremos terminar este punto sin hacer referencia y dar  
 solución de acuerdo a nuestro código Civil, respecto a la -  
 responsabilidad del poseedor de mala fe, en relación a las  
 prescripciones de los créditos de la sucesión y de insolven-  
 cias sobrevinientes a deudores hereditarios por no haber he-  
 cho este poseedor gestiones judiciales contra ellos desde -  
 que tomó posesión de los bienes.

Esto en realidad es discutido entre los autores.

"El jurisconsulto Ulpianus se pronunciaba por la negativa -

en razón de que tal poseedor no podía perseguir a esos deudores, que habrían (podido) tenido el derecho de oponerle que no era heredero y él no habría podido justificar que lo era". Ver Claro Solar, pág. 260 ob. ct.

Luego Pothier, quien "entiende que esta solución tiene lugar en el caso en que el poseedor sabe en verdad que los bienes de la sucesión cuya posesión toma, no le pertenecen; pero ignora a quien le pertenecen y a quien deba restituirlos; y resuelve al contrario que cuando este poseedor de mala fe conocía al verdadero heredero a quien debía restituir los bienes de la sucesión, si por no haberlos restituido tan pronto como ha podido, este heredero verdadero no ha podido no teniendo los títulos de los créditos y derechos de la sucesión, demandar a los deudores, dicho poseedor debe responderle, como daños y perjuicios, de la indemnización de las prescripciones realizadas en los créditos y derechos de la sucesión que el heredero habría podido interrumpir y de la insolvencia de los deudores que habría podido evitar si hubiera tenido los bienes en su poder". Claro Solar, pág. 260, ob. ct.

"Dentro de nuestro código no me parece que ésta distinción en las situaciones en que pueda hallarse el poseedor de mala fe sea admisible. El hecho sólo de haberse apoderado de los bienes de la sucesión a sabiendas de que no le pertenecían tiene que hacer responsable al poseedor de mala fe; mientras que no sería responsable el poseedor de buena fe que ha dejado cumplir las prescripciones y se ha expuesto a las insolvencias de los deudores de la sucesión por su negligencia". Ver. Claro Solar, pág. 261, ob. ct.

A nosotros también nos parece acertada la opinión de Claro Solar respecto a las situaciones mencionadas, del poseedor de mala fe y del de buena fe, ya que no se puede eximir de responsabilidad, a quien obra con dolo, con mala fe recalcitrante, y con semejante falta de lealtad debida a un pariente. En cambio el poseedor de buena fe, por aprecio a ella, hay que concluir que no debe responder.

PRESTACIONES DEL HEREDERO EN FAVOR DEL POSEEDOR VENCIDO.-

MEJORAS.- El heredero triunfante en el juicio de petición de herencia, está obligado a pagar las mejoras que el poseedor vencido haya realizado en las cosas hereditarias. Este derecho del poseedor vencido desanansa en el hecho de evitar un enriquecimiento injusto para parte del heredero verdadero. Habiendo que distinguir eso sí, para efectos de la restitución, la naturaleza de los gastos y la buena fe del poseedor vencido. La ley clasifica las mejoras en : necesarias, útiles y voluptuarias.

Según el artículo 1.323 " Al abono de mejoras en la petición de herencia se aplicarán las mismas reglas que en la acción reivindicatoria". Por lo que dicho artículo nos remite a los artículos 965, 966 y 967 del C. Civil, que reglamentan el abono de mejoras al poseedor vencido en la acción reivindicatoria. Después de separados. ( art. 966 inc. 4º).

MEJORAS NECESARIAS.- Estas mejoras consisten en los gastos que ha hecho el poseedor vencido, para la conservación de las cosas de la herencia, que pueden consistir en obras permanentes, como por ejemplo, una cerca para impedir las deprecaciones, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto, se abonan tanto al poseedor de buena fe como al de mala fe, pero sólo en cuanto realmente son necesarias, pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución. No siendo permanentes estas expensas necesarias, como la defensa judicial de una finca, serán abonadas en cuanto a provechen al heredero, y siempre que hayan sido ejecutadas con mediana inteligencia y economía (Art. 965 inc. 3º).

La razón por la cual son restituidas estas expensas, es la de que cualquiera en cuyo poder hubiera estado la cosa, inclusive el mismo dueño, en este caso el heredero, se hubiera visto forzado a ello, pues son gastos tan indispensables, que si no se hacen, las cosas se destruyen. y recurso, como jardines, fuentes y cascadas artificiales y generalmente aquellas que no aumentan el valor venal de la cosa en el mercado

**MEJORAS UTILES.**- Estas corresponden a los gastos que han aumentado, el valor de la cosa( art. 966 inc.2º). Aquí sí distingue la ley entre el poseedor de buena fe y el poseedor de mala fe. Ya que, al de buena fe, se le reconocen las mejoras útiles que haya hecho, antes de la contestación de la demanda, en las cosas de la herencia que restituya, es decir las hechas de buena fe, quedando al arbitrio del heredero, como en el caso del reivindicador, elegir entre el pago de lo que valgan al tiempo de la restitución las obras en que consistan las mejoras, o el mayor valor que tuvieren las cosas en virtud de las mejoras en el mismo tiempo.(art. 966 inc. 2º).

Las que haga el poseedor de buena fe, después de contestada la demanda no le son retribuidas, pero tendrá derecho a llevarse los materiales de dichas mejoras, siempre que se pueda separarlos sin detrimento de las cosas de que están hechas y que el heredero rehuse pagar el precio que tendrían dichos materiales después de separados. ( art. 966 inc.4º).

Esta regla está basada en defensa del heredero cuyos derechos a pesar de haber vencido en el pleito, se verían menoscabados o serían ilusorios por cuanto el vencido podría abusar de sus derechos a estas mejoras, reclamando prestaciones excesivamente gravosas. Además quien realiza mejoras en un bien cuya propiedad está en pleito, es natural que acepta los riesgos del resultado de la litis.

El poseedor de mala fe, no tendrá derecho al abono de mejoras útiles porque su dolo vicia todos sus actos, pero no puede llegarse al extremo el rigor, como para conceder al heredero triunfante que se enriquezca injustamente y por eso la ley concede el derecho de llevarse los materiales dichas mejoras, siempre que puedan retirarse sin detrimento de la cosa mejorada y que el heredero rehuse pagar el precio que tendrían los materiales una vez separados. ( art. 966 inc. 5º y 6º).

**MEJORAS VOLUPTUARIAS.**- Se entienden por mejoras voluptuarias las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, como jardines, fuentes y cascadas artificiales y generalmente aquellas que no aumentan el valor venal de la cosa en el mercado

general o solo la aumentan en una proporción insignificante. ( art. 967 inc. 2º).

Por consiguiente se trata de obras que positivo provecho no tienen y sería injusto que estas mejoras fueran restituidas y por eso la ley no obliga al heredero en este caso a devolverlas, ni al poseedor de buena fe ni al poseedor de mala fe, pero estos pueden llevarse los materiales, si su separación no menoscaba la cosa. art. 967.

**GASTOS DE PRODUCCION DE FRUTOS.**- De acuerdo con el inciso último del art. 964 del C. Civil colombiano aplicable también a la petición de herencia, por mandato del artículo 1.323, "el heredero debe pagar al poseedor vencido que le restituye frutos de la cosa, los gastos de producción, y esto tanto el poseedor de buena fe como el de mala fe, porque es regla general en toda retribución de frutos, y esto no puede ser de otra manera porque de lo contrario se consagraría una injusticia, ya que el heredero se haría más rico en el valor que empleó el poseedor para los frutos, sin causa que justifique". Ver Claro Solar, pág. 262 ob. ct.

**GASTOS QUE SE DEBEN ABONAR.**- Son únicamente los que ordinariamente se emplean en la producción de frutos a saber: preparación del terreno para la siembras, haraduras de terrenos limpia de canales de riego, podas, preparación de árboles y viñas, costo de semillas, recolección de frutas y todos aquellos que constituyan las expensas acostumbradas en los predios.

En todo caso el poseedor de mala fe no podrá cobrar sino lo que haya gastado, o se establezca que ha gastado efectivamente porque no tendrá derecho alucrar por este medio". Ver. Claro Solar, ob. ct. pág. 264.

Como vemos aquí tampoco se tiene en cuenta la buena o mala fe.

## CAPITULO CUARTO.

### VALIDEZ O INVALIDEZ DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL HEREDERO APARENTE.-

Esta es una cuestión que ha preocupado, desde tiempo inmemorial a todos los jurisconsultos y todas las legislaciones, partiendo desde el Derecho Romano, se ha venido investigando se han dado diversas soluciones, han existido diversas controversias; pero aún hoy subsisten las discrepancias de este intrincado tema, cuya dificultad radique en descubrir la suerte de los actos realizados por el poseedor aparente, sobre las cosas de la sucesión, durante el tiempo que duró la posesión, así como también su responsabilidad frente al verdadero heredero.

Debiendo surgir aquí relaciones entre diversas personas, esto contribuye a hacer más penosa la solución: intervienen en primer lugar el heredero aparente con el heredero verdadero; el heredero verdadero con el causahabiente del heredero aparente, éste último puede ser de buena o de mala fe; así como también el tercero que contrató, con el heredero aparente puede serlo de buena o de mala fe, la cual también influye en cuanto a la reivindicación de las cosas hereditarias.

Por último existen relaciones entre el tercero con el heredero aparente. Vamos a ir desenvolviendo este nudo para tratar de dar una solución, que no presumimos pueda ser la última palabra, dadas nuestras modestas capacidades, sino que se adapte a las disposiciones de nuestro código, consultando su espíritu y alcance.

De los actos del heredero aparente; que es la persona que se apodera de las cosas hereditarias, en calidad de heredero, si n serlo en realidad, vienen a quedar en juego derechos tan importantes como el de la propiedad base de la sociedad, y fundamento del Derecho Civil, al decir de Laurent, y por otra parte la buena fe del tercer adquirente; menos complicación ofrece la situación del heredero aparente de mala fe, y la del tercer adquirente de mala fe.

los cuales no podrán aprovecharse de su dolo, y como es natural se obligan a sufrir las consecuencias del mismo por mandato de la ley natural y civil.

Veamos el problema en nuestra legislación, para luego comparar lo establecido en algunas legislaciones extranjeras.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1.324, dice: "El que de buena fe hubiere ocupado una 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 y deterioros".

A primera vista y de la simple lectura del artículo transcrito, parece que la mencionada disposición, diera valor a las enajenaciones realizadas, tanto por el heredero aparente de buena fe, como las hechas por el de mala fe, haciendo una diferencia, en cuanto que el poseedor de buena fe vendido en el juicio de petición de herencia, no responde sino de aquello en que se haya hecho más rico, mientras que el poseedor de mala fe será responsable tanto de las enajenaciones como de los deterioros en todo su importe.

Pero analizando a fondo, el problema, no hay razón pensar con tanta amplitud, y esta deducción de que tal disposición no se pronuncia sobre la validez de los actos ejecutados por el poseedor a título de heredero, la sacamos, si tenemos en cuenta el principio general consagrado en el artículo 752 del C. Civil que dice:

"si el tradente no es verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada".

De manera que a lo sumo que puede llegar el adquirente, es ganar el derecho por prescripción, por mandato del artículo 753 de nuestro Código Civil. Este es un principio general, pero no hay razón para derogarlo, en materia especial, es

decir en sucesiones, y no podemos hacer abstracción de él - caso que nos ocupa.

Además en nuestro Derecho existe el principio que las leyes colombianas no han derogado consistente en que "Nadie puede transferir, un derecho mayor y más extenso que el que tiene": Nemo plus juris, in alium transferre potest quam ipse habet". Por manera que a estos principios debemos atenernos para resolver si son válidos o no los actos ejecutados con los bienes de la sucesión por el heredero aparente, ya que nuestro Código no se pronuncia expresamente. Vamos a estudiar ahora lo que se ha resuelto en la legislación francesa, sobre esta materia, para luego resolverlo en la nuestra, después de hacer una análisis y llegar a una conclusión.

LEGISLACION FRANCESA SOBRE ESTE PUNTO.- La legislación francesa no contiene ninguna disposición que reglamente el punto, por lo cual los autores han tenido que recurrir a los principios generales de Derecho, a la jurisprudencia, y a la doctrina de los expositores, por lo cual muchas interpretaciones han surgido, para resolver cuál es la suerte de los actos ejecutados por el poseedor de la herencia que designan los autores con el nombre de heredero aparente.

De manera que estos actos realizados por un poseedor sin derecho, deben considerarse nulos? O deben ser mantenidos en interés del tercero que con él ha contratado?. Estos son los interrogantes que se hacen los autores franceses cuya solución ha sido un verdadero rompecabezas, y esto ha dividido a ellos, y "son varias las opiniones que se han dado y las que han aceptado los fallos de los tribunales franceses".

Entre los autores encontramos a Laurent, quien se pregunta, "cuál es el principio que rige los actos ejecutados por el heredero aparente?. Se trata de un poseedor sin título verdadero, que es vencido en el juicio por el heredero, el propietario verdadero. Qué va a ser de los actos ejecutados durante su posesión?.

Serán anulados como emanados de un poseedor sin derecho, o se les mantendrá en interés de los terceros que han contratado con él ?"

Viene Demolombe quien "rechaza estos sistemas tan absolutos: uno que sacrifica el interés de los terceros, que es también un interés general, al derecho de propiedad; el otro sacrifica el derecho de propiedad al interés de los terceros". Demolombe dice, " en consecuencia, que debe distinguirse entre los actos necesarios y los actos voluntarios"; y luego añade, que si "se trata de actos necesarios, serán mantenidos después de la evicción del heredero aparente; pero si los actos son voluntarios, el verdadero heredero no tendrá que respetarlos". "Queda por determinar dice Laurent, cuáles son los actos necesarios, cuáles son los actos voluntarios. Los actos de administración presentan en general un carácter de necesidad; es preciso en consecuencia que el poseedor tenga el derecho de hacerlos, el interés del mismo dueño lo exige. No pasa lo mismo con los actos voluntarios, se puede no hacerlos: tales son los actos de enajenación, el interés del dueño es también que no se disponga de su cosa. Es este acaso un principio?. Son las circunstancias de la vida real, las que dediden si un acto es u no necesario, puede ser necesario vender; puede no ser necesario dar en arrendamiento; ahora bien, qué principio es aquél que cambia según los hechos, de suerte que un sólo y mismo acto ya sería permitido al heredero aparente, ya le sería prohibido?. Equivaldría a decir que no hay principio, y que el juez tiene un poder discrecional de mantener o de anular los actos del heredero aparente. Tal no es ciertamente el espíritu del Derecho moderno; él limita el poder del juez por reglas escritas, invariables, o por principios igualmente ciertos ".

"Para Laurent, hay en realidad un principio que es el de propiedad fundamento de la familia y base de la sociedad, pero para él no se podrá invocar, ni la apariencia de dueño que tiene el poseedor aparente, ni la buena fe del tercero, y por último considera inútil la distinción que hace Demolombe,

entre actos necesarios y actos voluntarios, ya que todos los actos realizados por el heredero aparente, debe considerarse los como si no se los hubiera ejecutado; que el límite de todo esto, está en la voluntad del legislador, y que como el legislador no ha establecido que el heredero aparente pueda ejecutar determinados actos, carece del derecho de hacerlos y el heredero verdadero no está obligado a respetarlos." Esta es en síntesis la doctrina defendida por Laurent, Ver-Claro Solar, ob. ct. pág. 264 y 265.

Rechaza hasta los actos de administración, que muchos tratadistas aceptan, y de los cuales ya nos ocuparemos. Por nuestra parte aceptamos su doctrina en cuanto al predominio del Derecho de propiedad sobre el interés de los derechos de terceros, aún en los casos de buena fé de estos, pero no la admitimos en cuanto a la invalidez de los actos de administración, por ser por este aspecto absolutista.

La jurisprudencia francesa en un principio, aceptó sobre el particular al decir de Planiol y Ripert, la tesis de la invalidez de los actos realizados por el heredero aparente, dicen así los connotados autores: "Planteada en el terreno del derecho puro, la cuestión de la invalidez de los actos del heredero aparente, se resuelve por si misma. Es un silogismo irrefutable que " como nadie puede conferir a otro derechos que no posee y como el éxito de la petición de herencia demuestra que el heredero aparente carecía de derechos, todos los actos de éste han de desaparecer ( art. 1.599 y 2.182, parr. 2º)". Esta es la única tesis estrictamente jurídica, o sea, conforme con los principios establecidos por los textos legales en vigor; muchos tratadistas la defienden y ha sido aceptada por la jurisprudencia Belga". Tratado Práctico de Derecho Civil Francés Nº 345, pág. 393 T IV. Planiol y Ripert.

**ACTOS DE ADMINISTRACION.**— Aparece dentro de los actos que el heredero aparente ha ejecutado durante la posesión de los bienes hereditarios, actos de ésta naturaleza, que mi-

En nuestro Código.— se dispone lo mismo en el art. 1.634, inc. 2º " El pago hecho de buena fe a la persona que es-

taba entonces en posesión de crédito, es válido, aunque des-  
 ran a la conservación y vigilancia de las cosas de la heren-  
 cia, y necesarios e indispensables en favor del verdadero he-  
 redero, tanto es así, que el mismo los hubiera realizado te-  
 niendo la cosa en su poder, por manera que estos actos, no -  
 pueden ser atacados a pesar de la evicción del heredero apa-  
 rente, por lo menos si han sido considerados de buena fe, vi-  
 niendo en consecuencia al decir de Jossierand " un punto cier-  
 to dentro de éste intrincado problema sobre la validez de -  
 los actos realizados por el heredero aparente", por cuanto  
 las legislaciones de todos los países e inclusive desde Roma  
 cuna del Derecho, se los aceptaba como válidos, y es más aún  
 se aceptaron como válidos aunque eso si como excepción a la  
 regla, que el heredero aparente pudiera vender cosas perece-  
 deras: "Res tempore periturus permittere debet praetor dis-  
trahere". alguna heredado hacienda a falta de bienes mue-  
 bles, para pagar las deudas de la sucesión y precaver un em-  
 bargo de los bienes de la sucesión que los acreedores de e-  
 lla podrían obtener. Lo mismo cuando la conservación de los  
 bienes hereditarios exigía gastos y había que afrontarlos, -  
 también se les permitió vender hasta la concurrencia de la  
 suma necesaria para pagarlos.

DOCTRINA DE LA VALIDEZ DEL PAGO DE UN CREDITO AL HEREDERO  
 APARENTE/.

En Francia.- El artículo 1.240 del C. C. francés, dice: "El  
 pago hecho de buena fe al que se halla en posesión del cré-  
 dito, es válido aunque el poseedor sea después privado de e-  
 lla por sentencia judicial".

Del artículo transcrito se deduce la validez de los  
 pagos hechos al poseedor del crédito, ( en este caso el he-  
 redero aparente), La razón de ser de éste texto es que el -  
 pago es una acto necesario, del que no puede librarse el -  
 deudor. Luego no puede caer aunque después el heredero apa-  
 rente sea vencido en juicio de petición de herencia por el  
 verdadero heredero.

En nuestro Código.- Se dispone lo mismo en el art. 1.634,  
 inc. 2º " El pago hecho de buena fe a la persona que es-

taba entonces en posesión de crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía".

"BON" condiciones se exigen para la validez de este pago: 1ª. Que se haga al poseedor del crédito; 2ª. Que el deudor pague de buena fe (Aubry y Rau, Baudry-Lacacantinerie, Colin y Capitant, Josserand, Planiol y Ripert).

El poseedor del crédito no es el poseedor del título, del instrumento: Es el poseedor del derecho, del crédito mismo, o al menos el que pasa por tal a los ojos de todos; es el acreedor putativo (Pothier, Baudry-Lacantinerie, Josserand, Aubry y Rau, Planiol y Ripert). "Ortega y Torres, C. Civil colombiano, Comp.

Nuestra Corte dice: "La regla consignada en el inciso 2º del artículo 1.634, la cual se encuentra establecida en las legislaciones de numerosos países y que constituye una excepción al principio de que un acto no perjudica a quien no ha tomado parte en él, esta fundada en la equidad. Si la persona que se encuentra en posesión del crédito puede compeler, judicialmente al deudor a efectuarle a ella el pago, se debe por recíproca y para no faltar a la equidad, permitir al deudor a solucionar su obligación en manos de dicho poseedor. La indicada regla no es por otra parte, sino una aplicación de la presunción establecida en el artículo 762 del Código Civil". (Sentencia, 30 de octubre de 1.928, XXXVI, 690).

De suerte que la presunción hace que al poseedor del crédito en este caso el heredero aparente, se lo considera como dueño del él aunque después no justifique serlo, en consecuencia el pago es válido y el deudor que lo hace paga bien y queda liberado de la obligación. El verdadero heredero no podrá volver a cobrar, porque el deudor puede oponer la excepción de pago.

"Los tratadistas franceses en su mayoría se apoyan en el art. 1.240 del C. francés, y por analogía lo aplican para resolver los demás casos de actos de administración, y concluyen

que son válidos y que el verdadero heredero tendrá que respetar los actos del heredero aparente, una vez que éste haya sido evicto, por el heredero verdadero triunfante en petición de herencia, a pesar de no haber un texto expreso -- que otorgue este derecho al poseedor aparente. Y a más del argumento de analogía del artículo 1.240, invocan en apoyo de esta solución, la necesidad misma de las cosas, que es indispensable que la sucesión sea administrada".

A esta misma solución podemos llegar nosotros, con base en nuestro artículo 1.634 inc. 2º, y en consecuencia también aceptamos que son válidos los actos de administración realizados por el heredero aparente. Por las demás legislaciones también se llega ésta conclusión y en la Argentina se ha avanzado mucho más, ya que allá existe un artículo el 3.429 -- que lo consagra expresamente, dice así la mencionada disposición: " El heredero está obligado a respetar los actos de administración que ha celebrado el poseedor de la herencia a favor de terceros, sea el poseedor de buena o de mala fe" Código Civil argentino, Lib. 4º, Cap. 2º, 2a. ed..

ACTOS DE DISPOSICION.- Con respecto a esta clase de actos -- del heredero aparente, muchas opiniones se han sostenido, por los autores, y esto ha dado lugar, como en el caso de Francia que los autores se han agrupado para sostener diversos sistemas, de los cuales nos vamos a ocupar en seguida.

SISTEMAS SOSTENDIDOS EN FRANCIA SOBRE LOS ACTOS DE DISPOSICION DEL HEREDERO APARENTE.-

Dice el Doctor Luis de Gáspery en su obra "Derecho Hereditario" que "fueron cuatro los sistemas concebidos por los doctrinadores franceses en relación a la suerte de los actos de enajenación a título oneroso de inmuebles de la sucesión -- consentidos por el tenedor de la herencia".

"PRIMER SISTEMA.- El primero de los sistemas es expuesto, por Toullier, Durantou, Troplong y fundado en los artículos 137, 724

por terceros como el verdadero heredero, y todo lo que se ha ajustado entre él y ellos, obliga al más próximo, que después viene a excluirlas. Este sistema según su autor Merlin, encierra a su vez cuatro cuestiones:

1.599 y 2182 del Código Francés, el cual se pronuncia por - la nulidad de las ventas de inmuebles consentidas por el heredero aparente, aun cuando el vendedor y el comprador fuesen de buena fe.

BASES FUNDAMENTALES.- 1º Parte del principio de que la propiedad es uno de los principios fundamentales de la sociedad.

2º Que el propietario no puede perder su derecho de propiedad, sino por su propia voluntad y no por obra de otro; y como consecuencia de éste principio considera este otro,

3º No se puede traspasar a otro derechos más extensos que los propios, "Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet" consagrado en el artículo 2.182 del Código francés.

4º Que la solución del problema por los legisladores ha sido por la prescripción, (a quien Toullier llama la patrona, del género humano), fijando un término, pasado el cual, no puede admitirse la reivindicación del propietario contra el adquirente de buena fe.

5º Ni la buena fe del heredero aparente ni la del adquirente, todo esto basta a hacer ceder el principio de la propiedad. "Luis de Gáspery, ob. ct. #196 nota # 81.

SEGUNDO SISTEMA/- Está fundado en la ley 25, art. 17 del Digesto y es preconizado por Merlin, Malpel, no admite la validez de las ventas de que se trata sino en el caso de que la evicción del comprador de buena fe, siese lugar a un recurso de garantía, que haga soportar al heredero aparente, también de buena fe, una condena más onerosa, que si hubiera sido directamente demandado por petición de herencia".

"Este sistema hace depender la solución de ésta cuestión:- En el concurso de varios parientes de distintos grados, el más lejano que aceptó la sucesión, es considerado respecto de terceros como el verdadero heredero; y todo lo que se ha ajustado entre él y ellos, obliga al más próximo, que después viene a excluirle. Este sistema según su autor Merlin, encierra a su vez cuatro cuestiones:

1º los deudores de una sucesión que de buena fe han pagado en manos del heredero putativo, quedan liberados y puestos al abrigo de toda persecución de parte del verdadero heredero, luego que se presente?

"La afirmativa es la consecuencia del artículo 1.240 del C. francés".

2º Las sentencias dictadas contra el heredero putativo, y pasadas en autoridad de cosa juzgada, pierden su autoridad por la aparición subsiguiente del verdadero heredero, obien debe este acatarlas, como si se las hubiera dictado contra el mismo?. Merlin cita varios fallos sobre este punto que se deciden por la afirmativa. La misma doctrina puede sostenerse de conformidad con los preceptos del mismo código francés, los cuales al admitir que los parientes más lejanos, puedan por silencio y abstención de los más próximos, tomar posesión de la herencia, con la obligación de ceder su lugar a estos, tan pronto como aparezcan; no autoriza a estos a hacer anular, con perjuicio posible de terceros, lo que se ha juzgado de buena fe entre ellos y el tenedor de la herencia a quien tomaron por verdadero. La misma razón que obliga al heredero verdadero a convalidar los pagos hechos en manos del heredero putativo, le obliga a acatar las sentencias dictadas contra él".

"3º Las particiones extrajudiciales, las transacciones, las liquidaciones de cuenta y los otros actos del mismo género celebrados entre el heredero putativo y los terceros, que tenían justo motivo a creer en la calidad que él se atribuía, conservan sus efectos respecto del verdadero heredero que viene a eviccionarlos?. Merlin resuelve por la afirmativa y en apoyo cita dos sentencias: una del Parlamento de París de 19 de febrero de 1.782 y otra del parlamento de Rennes".

"4º Después que el verdadero heredero se ha hecho conocer y a eviccionado al heredero putativo, cuál es la suerte que deben correr las ventas que éste ha consentido voluntariamente a favor de terceros de buena fe, durante el tiempo en que él estuvo en la pública y pacífica posesión de la sucesión?.

No hay duda dice Merlin que tratándose de cosas muebles, esas ventas deben ser convalidadas, porque en materia de muebles, la posesión vale por el título, conforme al artículo, 2.279 del Código Francés, y en esto no hay discusión alguna entre ninguno de los expositores, esta regla sólo sufre una excepción respecto de las cosas robadas o perdidas. " Más - tratándose de inmuebles continúa Merlin, quien juzga que no obligando nada a los terceros a comprar inmuebles al heredero putativo, ni habiendo nada que neutralice a su respecto el principio según el cual, el heredero legítimo es saisi de pleno derecho, ni el principio según el cual la aceptación hecha por él, de la herencia se retrotrae al día de la apertura de la sucesión, debe inferirse de dichos principios que el poseedor de la herencia ha vendido la cosa a otro, y que por lo tanto procede la reivindicación de parte del verdadero heredero.

Agrega empero, que de ésta regla debe excluirse el caso en que mediase la buena fe, tanto por parte del heredero putativo como del adquirente, con tal que este no haya renunciado, por el contrato a su acción de garantía, caso en el cual la demanda de reivindicación debe ser rechazada, esto conforme a una ley atribuida a Ulpiano de acuerdo con un Senado - Consulto, propuesto por el Emperador Adriano. Ulpiano decidió que no procede la reivindicación del verdadero heredero contra el tercer adquirente, si este no cuenta con un recurso de garantía contra el heredero putativo, que siendo poseedor de buena fe de la herencia le vendió los bienes y consumió su precio". Luis de Gáspery, ob. ct. Nº 196 Nota 84.

TERCER SISTEMA.- "Es seguido por una parte de la Jurisprudencia francesa y propende a la convalidación de las ventas consentidas, fuera de la hipótesis anterior, a condición de la buena fe simultanea del vendedor y comprador"

Dicen que no siendo posible considerar como representante del verdadero heredero al poseedor de mala fe, que lo traiciona y que no dispone probablemente de los bienes de la herencia sino para sustraerlos a la acción de petición de herencia". Luis de Gáspery, ob. ct. Nº 196 .

CUARTO SISTEMA.- " Este sistema es defendido por Chabot, Belost Jolimont sur Vahbot Subergier, Demolombe, Zachariae, Planiol y Ripert y consagrado por numerosos fallos de los tribunales, da por válidas las ventas hechas por el heredero putativo a condición de la buena fe del tercer adquirente, aunque el vendedor haya obrado de mala fe". Luis de Gáspery, ob. ct. Nº 196.

Siguiendo a Josserand, Tratado de Derecho Civil francés, vamos a expresar las bases fundamentales de este sistema. El parte de que la dificultad radica, sólo con relación a los actos de disposición consentidos por el heredero aparente, en provecho de terceros de buena fe, pero hace reserva de las enajenaciones de muebles, por cuanto el tercero de buena fe se encuentra protegido por la regla del artículo 2.279, del C. francés, por cuanto en cuestión de muebles la posesión equivale al título, y que el problema se presenta con respecto a actos relativos a enajenaciones de inmuebles.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.- "Dice que el Derecho no es una ciencia exacta, sino una ciencia social. Que la situación del falso heredero no es asimilable a la del poseedor de una cosa aislada. De aquí hace depender el principio del error común e invencible perfectamente excusable individualmente lo mismo que socialmente, por manera que de nada tiene que excusarse siendo un error común a muchos y opone esto a la negligencia del verdadero heredero, y de éste parangón deduce, que a quien hay que dar la preferencia es al primero y que su acto queda en pie a pesar de la evicción de aquél de quien emana, es decir del heredero aparente.

Pero fuera de estas razones de equidad y de justicia que edificó la jurisprudencia también obran motivos de orden público y razones de interés general, también basa este autor su teoría en la estabilidad de las transmisiones inmobiliarias, agregando que no conviene que la confianza legítima del adquirente sea engañada, para que la confianza universal puesta en la ley quede destruída.

El error común e invencible crea derecho y que este error rechaza la máxima demasiado lógica de "Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet". Nadie puede -- transferir derechos más extensos que los que tiene". Ver ) Jossierand, ob. ct. Nos. 1.023 y 1.025.

Por otra parte hoy la Corte de Casación francesa al decir de Planiol y Ripert, ha establecido su sistema de modo -- completo y firme. Derogó el derecho común expresado en la máxima "Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet". Nadie puede transferir derechos más extensos que los que tiene, estimando válidos, los actos celebrados por el heredero aparente con terceros de buena fe. Decisiones que se basan únicamente en el error invencible en que se encuentran los terceros y contra el cual no tenían medio alguno de defenderse. La equidad exige que los principios legales se rindan en su favor. La vieja máxima "Error communis facit jus" en cuantra aquí uno de los casos de aplicación. Ver Planiol y Ripert, Derecho Civil francés, T. IV, pág. 394 N.º 395. Así se llegó en Francia a la solución de tan intrincado problema, y este es el sistema que ahora rige.

#### SOLUCION ALEMANA.-

En relación a los actos del heredero aparente la doctrina seguida en Alemania, se desprende de los arts. 2.030 de su código Civil, así como también del 2.033 de la misma obra.

A términos de la primera disposición está equiparado al poseedor hereditario, el que ha adquirido de este la herencia, mediante contrato, en sus relaciones con el heredero.

Se obliga entonces al adquirente como al heredero aparente, devolver todo lo que ha adquirido de la herencia, y responde de manera simple o agravada, si su adquisición ha sido hecha de buena o de mala fe; no depende su responsabilidad de que el enajenante haya obrado de buena o de mala fe. Como consecuencia, porque han quedado reparados. Quedando solamente a

cuencia de que la situación jurídica del adquirente es igual a la del poseedor hereditario, está obligado a devolver, y frente al heredero no puede alegar para excusarse, que su adquisición ha sido hecha de buena o de mala fe, ni el caso de que haya adquirido cosas muebles de buena fe, ni porque haya adquirido inmuebles a base de la confianza en la exactitud del registro inmobiliario, ni siquiera basándose en que el enajenante haya poseído para sí un certificado de heredero, ni tampoco en el caso de que haya tenido lugar la enajenación de la herencia o de una porción hereditaria aparente según el caso del artículo 2.033.

La situación se agrava mucho más cuando el poseedor hereditario ha recibido una contrapartida por la enajenación de la herencia. En este caso el heredero tiene dos acciones a saber: aquella por la cual reclama su herencia del adquirente, y la otra contra el poseedor de la herencia para reclamar la contrapartida, como cosa subrogada de la herencia enajenada.

El poseedor hereditario de mala fe y todo el que se encuentra como él, en caso de responsabilidad agravada, responde por dilapidación de la herencia, del resarcimientos de todos los daños y también en el caso de haber hecho donación de la misma.

Pero dentro de este orden de ideas, que estamos analizando se puede presentar un caso de injusticia aberrante cuando por ejemplo el heredero pudiese formular su reclamación juntamente contra el poseedor hereditario, y contra el adquirente, el resultado sería que obtendría la herencia dos veces. La manera de evitarlo puede ser dudosa y difícil.

#### CONSECUENCIA DE LA DEMANDA DEL HEREDERO VERDADERO AL ADQUIRENTE.-

Si su demanda tiene efecto y recobra la herencia del tercero se extinguen los daños causados por la enajenación del poseedor hereditario y este nada deberá por este concepto, porque han quedado reparados. Quedando solamente a

cargo del poseedor hereditario la obligación de restituir - el enriquecimiento, en cuanto haya tenido lugar a costa del verdadero heredero. Pero si el heredero ya ha recobrado la herencia ya no subsiste un enriquecimiento a costa de éste. Ahora, enea cuanto al principio subrogatorio del artículo 2.019 cuyo texto transcribimos y que dice: "Se reputa igualmente obtenido de la sucesión, lo que el poseedor de la herencia adquiere por acto jurídico mediante efectos que dependan de la sucesión". inc. 1º Código alemán, Tit. 3º, comp. Vicente Romero Girón".

"No tiene en este caso otra finalidad que garantizar al heredero unapretensión al valor de la herencia en forma enérgica. Desaparece la finalidad de la subrogación, cuando -- los medios hereditarios gastados en la adquisición de la cosa subrogada son recuperados. No tiene el heredero derecho a reclamar la cosa subrogada desde el momento en que tiene en su poder la herencia".

Además con la figura jurídica de la subrogación real, la si-  
**"CONSECUENCIAS DE LA DEMANDA DEL HEREDERO CUANDO LA DIRIGE AL ENAJENANTE.-**

Entonces puede exigirse resarcimiento de daños a cambio de que el enajenante le ceda sus acciones contra el adquirente; este puede hacerlas inocuas y puede paralizarlas según el principio establecido en el artículo 2.376.

Cuando el poseedor es de buena fe, sólo responde al heredero del enriquecimiento, pero queda responsable ante el adquirente por el valor de la contrapartida. Si el heredero pide la devolución del enriquecimiento, entonces debe liberar al poseedor hereditario de su responsabilidad frente al adquirente, es decir que debe en este caso ratificar la enajenación, al tiempo que le pague el enajenante. Si finalmente el heredero exige del enajenante la cesión de la cosa subrogada, esta reclamación sólo puede estar justificada según la finalidad de la subrogación, bajo condición de que el heredero se muestre de acuerdo, en la aplicación de los ne-

dios hereditarios a la adquisición de la cosa subrogada, o sea, que ratifique la enajenación; pero también en este caso la ratificación requiere ser declarada contra la prestación real de la cosa subrogada". Enneccerus, Kipp, y Wolff, Tratado de Derecho Civil Alemán.

Como vemos de todo lo dicho se desprende, que la doctrina seguida en Alemania, a más de no validar los actos del heredero aparente, hace su condición más estrecha, lo mismo que la del tercer adquirente, ya que equipara las situaciones jurídicas del poseedor aparente y la del tercer adquirente; además la situación de éste último es más incómoda y desventajosa que en otras legislaciones, porque este frente al heredero no puede alegar que haya adquirido cosas muebles y de buena fe, ni puede excusarse en cuanto a inmuebles, alegando la confianza en la exactitud del registro, ni tampoco, que el enajenante haya poseído un Certificado de heredero.

Además con la figura jurídica de la subrogación real, la situación se agrava más, para el poseedor hereditario o poseedor aparente, ya que tiene que entregar lo adquirido con dinero de la herencia, o lo obtenido a cambio de la enajenación de los bienes de ésta, presentándose así la dualidad de acciones, que puede instaurar el heredero verdadero, contra el adquirente para que le entregue lo adquirido de la herencia, y contra el poseedor para reclamar lo adquirido por la subrogación.

Así mismo es peligrosa esa dualidad de acciones del heredero, ya que habría injusticia, al recibir la herencia dos veces o en el mejor de los casos puede haber un enriquecimiento sin causa. Esto a pesar de que las acciones están reglamentadas como lo hemos podido ver en lo que hemos transcrito de la obra mencionada, con el objeto y fin de que si el verdadero heredero obtiene la herencia del tercero, quedan reparados los efectos dañosos de la enajenación del poseedor hereditario y si la acción es instaurada contra el heredero aparente, es para el resarcimiento de daños y perjuicios y éste último le ceda sus acciones contra el adquirente.

Obtenida por el heredero verdadero, la devolución del enriquecimiento del heredero aparente, entonces el verdadero heredero, debe liberar al poseedor hereditario, de su responsabilidad frente al adquirente, como se cumple esto, con la ratificación de la enajenación por parte del heredero verdadero.

Resumiendo tenemos: El adquirente queda libre, si el heredero aparente es de buena fe, restituye al verdadero heredero, lo que lo ha hecho más rico, y si es de mala fe, restituye todos los perjuicios causados por la enajenación.

El heredero aparente queda libre, si el heredero verdadero obtuvo la restitución de los bienes de la herencia de mano del tercer adquirente, y si devuelve al heredero verdadero lo obtenido por la contrapartida recibida del tercer adquirente, esto porque el heredero aparente no puede lucrarse a costa del verdadero heredero.

#### SOLUCION ARGENTINA.-

La legislación argentina adoptó en el problema que venimos analizando, el cuarto sistema francés, pero restringido, o sea, el mismo expuesto por los autores Aubry y Rau, que dá por válidas las ventas hechas por el heredero aparente, a condición de la buena fe del tercer adquirente, aun cuando el vendedor haya obrado de buena o mala fe. Ahora bien, la restricción a que aludimos consistió en que el heredero aparente, sea pariente del difunto en grado sucesible, que haya tomado posesión de la herencia, por ausencia o inacción de los herederos más próximos, y que la posesión así ejercida, haya sido pública y pacífica, al punto de hacerle considerar manifiestamente como heredero". Luis de Gáspary, ob. cit.

Esta es la fuente del artículo 3.430 de su código civil, concebido por Vélez, el cual, sin más preámbulos vamos a transcribir: " Los actos de enajenación de los bienes inmuebles

a título oneroso, que hubiese hecho el poseedor de la herencia, tenga o no buena fe, son igualmente válidos respecto al heredero, cuando el poseedor es pariente del difunto en grado sucesible y ha tomado la herencia en esta calidad por ausencia o inacción de los parientes más próximos y cuando la posesión pública y pacífica de la herencia ha debido hacerle considerar como heredero, siempre que el tercero con quien hubiese contratado hubiera tenido buena fe. Si el poseedor de la herencia hubiese sido de buena fe, debe restituir el precio que se le hubiere pagado. Si fuese de mala fe debe indemnizar a los herederos de todo perjuicio que la enajenación le ha causado".

Como vemos de acuerdo con este artículo, el derecho de propiedad cae, y se sacrifica ante la buena fe del tercer adquirente, es más esto va contra el principio general establecido desde tiempos inmemoriales de que "Nadie puede transferir a otro sobre un objeto un derecho mayor y más extenso que el que gozaba, y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso, que el que tenía aquél de quien lo adquiere. Y este principio ha sido consagrado en la Argentina en el artículo 3.270. De manera que el propietario de una cosa, aun cuando no ejerza su derecho no puede ser privado de él. El que enajena en estas condiciones habrá hecho una enajenación "a non domino", o sea, de persona no propietaria, y que el adquiera no puede adquirir bien.

Ante ésta contradicción, qué dijeron los tratadistas argentinos?. Que las consecuencias de las enajenaciones hechas por el heredero aparente, constituyen una excepción al principio general del artículo 3.270, y que tratándose de la sucesión, el código se aparta de este principio absoluto y por eso es que el artículo 3.430 dice que la enajenación de los bienes inmuebles que ha hecho el poseedor de la herencia son válidos y el heredero verdadero tiene que respetarlos siempre que se cumplan estos requisitos:

1º EN CUANTO A LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN.- : Heredero aparente y tercer adquirente, no exige buena fe al primero, aunque sí, al segundo. El heredero aparente debe ser pariente

del difunto en grado sucesible y en esta calidad ha tomado posesión de la herencia por ausencia o inacción de los herederos más próximos.

Estos parientes en grado sucesible en la Argentina son los ascendientes, descendientes, colaterales hasta el 6º grado y el cónyuge. Esto tratándose de la sucesión intestada. Pero en cuanto a la institución de un extraño como heredero, por un testamento que llega a ser anulado, las enajenaciones hechas por el sucesor testamentario, son válidas respecto del heredero verdadero?

Este es un punto de controversia entre los doctrinadores argentinos: por una parte están los que siguen al pie de la letra la doctrina defendida en Francia en forma tan singular por los autores Aubry y Rau, entre ellos Gáspery, dicen que el artículo 3.430 no admite aplicación extensiva respecto al instituido en testamento, por cuanto sólo se da el calificativo de heredero aparente al heredero ab-intestato en grado sucesible, ya que la mencionada disposición no indica para nada al extraño instituido en testamento. Además el citado artículo conforma a la doctrina de Aubry y Rau, sólo da la calidad de heredero aparente con la condición de que sea pariente del cujus en grado sucesible; si pues el instituido en testamento no lo fuese cómo se aplicaría a éste tal calidad?, y en consecuencia dicen, que no se podrían convalidar las enajenaciones inmobiliarias, que este hubiese hecho antes de que el testamento hubiera sido declarado nulo; agregan estos autores que el hecho de que la jurisprudencia francesa sea partidaria de la aplicación analógica nada dicen en contra. Lo importante es que la doctrina de Aubry y Rau aunque haya sido deshechada en Francia, en cambio si ha sido consagrada en el artículo que venimos comentando, y que siendo así y de acuerdo con el art. 22 de su código, la interpretación extensiva de que se trata no puede tener fuerza de ley en el Derecho Civil argentino, y concluyen diciendo que el heredero aparente es una figura exclusiva de la sucesión ab-intestato. La tesis que aboga por la interpretación extensiva tiene en Prayones su defensor, quien da estas razones:

"Dáde que de estar estrictamente al artículo 3.430 las enajenaciones no serían válidas, porque establece como condición esencial, que se trata de un pariente en grado sucesible, y el extraño no lo es.

" Sin embargo, el principio dominante en la materia, no es que requiera como condición indispensable la calidad de pariente en grado sucesible. El código usa ésta expresión dice, porque los parientes en grado sucesible, son los que exteriorizan generalmente, con más eficacia sus derechos a la herencia. Pero que una vez declarada su calidad de heredero están en la misma situación que el extraño que por testamento emanada de la voluntad del causante, que es también heredero. Además el sucesor testamentario no puede estar en situación inferior al sucesor ab-intestato pariente del de cujus en grado sucesible. Este hereda en virtud de la ley que suple la voluntad del causante, aquél por virtud de la voluntad propia del causante o testador. Por eso es que la nueva jurisprudencia es uniforme y valida tanto los actos del heredero, ya se refieran al pariente en grado sucesible o al extraño instituido en testamento, siempre que el vicio de que adolezca el testamento no sea conocido por el tercer adquirente". E. Prayones, Derecho Sucesorio, Nº 45

En nuestra modesta opinión, creemos que tienen razón los que defienden la extensión analógica, por cuanto la otra tesis respetable claro está, pero parte de una lógica implacable, demasiado aplicada a la letra del código, y además los antecedentes y la fuente de donde emana nos parecen un tanto equivocados, no vemos por qué se hace la diferencia entre el instituido en un testamento que luego es invalidado y el heredero aparente en grado sucesible, ambos están en la misma situación, por qué se da validez a los actos del uno y se invalidan los actos del otro?, respecto de cualquiera de los dos, puede caber el error de parte de los terceros y finalmente dicen los contrarios a la tesis de la extensión analógica que " lo importante es que la doctrina de Aubry y Rau es la que ha sido consagrada en el artículo 3.430, aunque haya sido deshechada por la jurisprudencia francesa y

yque de acuerdo con el artículo 22 la interpretación extensiva de que se trata no puede tener fuerza de ley".

Esto es llegar al extremo de defender el error en que otro ha incurrido, y aferzarse a él y a su letra por cuanto ese mismo error se volvió a consagrar. Pero contra esto las reglas modernas de interpretación dan la solución y propenden por su mayor amplitud y elasticidad de las disposiciones, - cuyo análisis se lleva a cabo.

Pero nos hemos demorado en ésta disquisición, más la creímos oportuna, ahora sigamos en cuanto a los requisitos que veníamos analizando; habíamos dicho que la ley exige buena fe al tercer adquirente para dar validez al acto del poseedor hereditario, este puede obrar de buena o de mala fe. Bien, esto en cuanto a las personas, veamos ahora, con respecto al acto mismo.

"2º EN CUANTO AL ACTO.- Debe tratarse de una transmisión a título oneroso. Las enajenaciones a título gratuito dan lugar a la acción reivindicatoria al verdadero heredero. Esa enajenación puede ser de varias formas: particularmente entre dos mediante escritura y conviniendo en la cosa y en el precio; o en subasta pública al mejor postor; o en subasta judicial, es decir ordenada por el juez competente". Eduardo Prayones, Derecho de sucesión Nº 45.

En todos estos casos el tercer adquirente de buena fe adquiere bien; el verdadero heredero tiene que respetar el acto como válido y sólo tiene acción contra el heredero aparente para que se le restituya el precio si es poseedor de buena fe y si es poseedor de mala fe para que le restituya de todo el perjuicio que la enajenación le ha causado (art. 3.430)

"3º EN CUANTO AL BIEN QUE SE TRANSMITE.- Puede ser mueble o inmueble. Respecto a los muebles existe la regla de que la posesión equivale al título art. 2.412, luego para estos no hay acción reivindicatoria. Además el art. 3.471 del C. Argentino dispone que el artículo 3.270 de la misma obra que ya

hemos analizado, no se aplicará al poseedor cosas muebles. Siendo la enajenación de inmuebles, a título oneroso tampoco hay acción reivindicatoria".

FUNDAMENTO DE LA SOLUCION.- La regla del artículo 3.430 no significa una violación al principio que establece que la propiedad debe ser respetada en absoluto?. Cómo es posible que perteneciendo el dominio al verdadero heredero la enajenación hecha por el heredero aparente sea válida? No implica ello destruir el derecho de propiedad?.

"Ciertamente es que el heredero aparente responde por el precio recibido; pero puede ocurrir que haya dilapidado ese dinero y se encuentre en estado de insolvencia. Cuáles son las razones que han inducido a la ley a establecer esta regla de que la enajenación hecha por el heredero aparente sea válida?." Los jurisconsultos han tratado de explicarla por aplicación de la máxima "Error communis facit jus", el error común crea derecho, principio que ha sido tomado para fundamentar el derecho del que transmite los bienes de la herencia sin ser el verdadero heredero".

"El adquirente se encuentra frente a una persona que ha sido declarada heredera por el juez. Exhibe un título insospechable y está en posesión de los bienes. Todo induce al adquirente a creer que trata con el verdadero dueño. Es posible entonces que en esas condiciones sufra un perjuicio en la transmisión?. Dos circunstancias se oponen a ello: 1º el error invencible de su parte; 2º la buena fe".

En este caso el derecho de propiedad tiene que caer. Por qué?. Porque dentro de la organización civil moderna es una condición fundamental la estabilidad de los derechos, la necesidad de que exista seguridad de que lo que se adquiere de acuerdo con la ley y dentro de los medios posibles de investigación propia es cierto y eficaz". "Y en este sentido la excepción que al principio establece el artículo 3.430 es justa y equitativa". Eduardo Prayones, Derecho de Sucesión, Nº 45.

Por lo anterior vemos que en la Argentina se siguió al código francés, y se aplicó la tesis defendida por los autores Aubry y Rau. Nosotros no podemos aceptar esto, porque en nuestro código se tuvo el cuidado de reglamentar minuciosamente lo relativo a la acción de petición de herencia y le dedica seis artículos, uno de los cuales el 1.325 establece expresamente la reivindicación de las cosas de la herencia, cuando han sido enajenadas por el poseedor aparente, tanto en los casos en que este obre de buena fe como en los que lo haga de mala fe, lo mismo que de parte del tercer adquirente. Este estudio lo abocamos en seguida.

LA SOLUCION QUE SE DEDUCE DE LAS DISPOSICIONES DE NUESTRO CODIGO.-

Nuestro código, (art. 1.324) da la pauta sobre este problema, dice así la mencionada disposición: El que de buena fe, hubiere ocupado la herencia no será responsable de las enajenaciones y 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".

Este artículo no resuelve expresamente el problema de la validez, de las enajenaciones de los bienes hereditarios por el heredero aparente, constituye más bien una especie de compensación, basada en el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa, para que cuando el poseedor hereditario de buena fe haya enajenado los bienes de la herencia, responda por el provecho obtenido de la venta, si es que algún provecho ha obtenido, y en cuanto al poseedor de mala fe, no tiene en cuenta si ha obtenido o no provecho, si se ha hecho o no más rico, sino que por el hecho de haber enajenado, a sabiendas de que no podía hacerlo, debe responder de todo el importe, de las enajenaciones o deterioros. Por lo que la obligación en ambos casos cambia de objeto, de obligación de restituir cosas hereditarias, se transforma, en el primer caso, en pago del precio del enriquecimiento; y en el segundo caso, en el pago del precio de las enajenaciones y deterioros en su totalidad. Esto es lo que consigue el verdadero heredero, insaurando la acción de petición de herencia contra los posee-

dores hereditarios de buena o mala fe en el evento que estamos analizando, pero queda en pie la dificultad en cuanto a la validez de los mencionados actos de disposición. Además, el citado artículo no se refiere a las relaciones del verdadero heredero contra el tercer adquirente, sino a las nacidas con el enajenante. Luego al no existir una disposición que expresamente se pronuncie sobre la validez de tales actos, tenemos que colegir que son los principios generales de derecho los que nos darán una solución satisfactoria. Por lo que en primer lugar está el principio que se enuncia así "Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet". "Nadie puede transferir a otro sobre un objeto, un derecho mayor y más extenso que el que tiene". Este principio ha sido consagrado en nuestro código civil en el artículo 752, luego es general a la tradición del dominio, habrá, a guisa razón para no aplicarlo a la tradición de los bienes hereditarios, que también implican tradición de dominio, "per universitatem"?, creemos que no hay dificultad alguna. Ya que a nadie puede quitársele el dominio sobre una cosa sin su consentimiento. Ahora bien, la ley no ampara la negligencia del verdadero heredero, pero esto sería atentar contra los intereses generales, y por eso para obtener la función a que están destinados, los bienes ha establecido la prescripción; por este modo se extinguen los derechos, cuando no se han ejercitado sobre los bienes, durante determinado tiempo ésta la sanción para el heredero verdadero pero negligente.

Por eso el artículo 753 del C. Civil dice: "La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción, el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho".

Con este artículo y el anterior que hemos transcrito y analizado está en armonía el 1.871 de nuestro código civil, respecto al contrato de compraventa, dice así: "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extinga por el lapso de tiempo".

Y sobre el alcance de éste artículo citamos las siguientes palabras de nuestra Corte Suprema de Justicia. "La venta de cosa ajena, válida en nuestro Derecho y origen de un título traslativo y justo de dominio, constituye, según lo enseñan los civilistas, uno de los fenómenos típicos e inconfundibles en que ocurre el caso de la inoponibilidad de fondo por falta de concurrencia, inoponibilidad consistente en que para el verdadero dueño de la cosa vendida, no produce efectos el contrato de compraventa, conservando en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y sus acciones correspondientes. Tratándose de venta de cosa ajena, la tradición que de ella se haga es inválida, y el dueño mientras su derecho no se extinga por la prescripción, puede obtener del poseedor adquirente la entrega de la cosa. Para que el modo de adquirir por tradición el dominio de la cosa produzca el efecto de transferir la propiedad, es necesario que ocurran ciertas condiciones subjetivas, que miradas en la persona del tradente consisten en ser dueño de la cosa, en tener la facultad de enajenarla y en abrigar la intención de hacer la transferencia. No es tradente la persona que dice enajenar o quiere enajenar, sino aquél que por la tradición es capaz de transferir y transfiere el dominio de la cosa entregada, es decir el sujeto provisto de dominio, facultad e intención. De ahí que según los arts. 742 y 744, la tradición no es válida mientras no la efectúe con voluntad el tradente o su mandatario o su representante. Lo cual significa que la tradición, no puede ser hecha válidamente, sino por el dueño de la cosa, hábil para disponer de ella y dispuesto a enajenarla, o por quienes obren dentro de los límites de un mandato o de una representación legal. Como si estos principios no fueran suficientes, el legislador quiso sentar uno más perentorio, y así dijo en el artículo 752, que si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. No se habla aquí simplemente de dueño sino de verdadero dueño, para condenar

de una vez las enajenaciones hechas por dueños putativos o -  
aparentes". Casación, 20 de mayo de 1.936, XL III, 40.

De manera que de acuerdo con las disposiciones de nuestro -  
Código Civil, que hemos analizado y con la sesuda exposici-  
ón de la Corte cuyas palabras acabamos de transcribir, no -  
podemos menos que concluir que los actos del heredero apa-  
rente sea de buena o de mala fe no son válidos y es en úl-  
timas la prescripción la que le dará al adquirente el dere-  
cho de dominio sobre la cosa adquirida, además el hecho de  
que nuestro legislador concibiera el artículo 1.325, por--  
medio del cual el heredero verdadero, puede reivindicar --  
del tercer adquirente, nos estádi diciendo claramente que  
el verdadero heredero no tiene que respetar los actos de e  
najenación del poseedor aparente así sea, de buena o de ma  
la fe, así, como también la condición del adquirente sea -  
de buena o de mala fe.

#### CONCLUSION.-

Para resolver este problema, con equidad, debemos fijarnos -  
primero en las relaciones que surgen con respecto a los ac-  
tos realizados, la condición con que cada cual obró, los de-  
rechos que cada una de las partes tiene, y por fin como de  
todas estas relaciones quedan en juego derechos importan--  
tes debemos deducir cuál de los derechos en conflicto debe  
ser protegido, cuál debe ser el preferente; ver si es posi-  
ble establecer una regla general, procurando no sacrificar  
los derechos de una de las partes, so pretexto de proteger  
a la otra.

En primer lugar hay que tener en cuenta las relaciones en-  
tre el heredero aparente de mala fe, esto no ofrece difi-  
cultad alguna, siendo así que estos se ponen de acuerdo, pa-  
ra sacar los bienes de la herencia, para sustraerlos a la  
persecución del verdadero heredero, es natural que tienen  
que sufrir las consecuencias de su acto doloso, y es más -  
que justo que la ley proteja al verdadero heredero contra  
las maniobras fraudulentas de los que se coluden para per-  
judicarlo.

Pero en las relaciones entre el propietario de la herencia, contra el tercer adquirente de buena fe el problema es difícil de resolver; entran en parangón por una parte la buena fe del tercero, y el derecho de propiedad del verdadero heredero por otra; como lo hemos visto, en Francia, se resuelve el problema, protegiendo la buena fe del tercer adquirente, así el heredero aparente haya sido de buena o de mala fe; pero nosotros no podemos llegar a la misma conclusión, por lo estatuido expresamente por el artículo 1.325, que permite al verdadero heredero reivindicar las cosas hereditarias de manos del tercer adquirente.

"La doctrina francesa se mueve dentro de un campo más espacioso, porque la ley no ha formulado allá un precepto similar al que contiene el nombrado artículo 1.325. Ahora bien, el art. 1.325 concede acción reivindicatoria contra el tercero, que si llega a ser evicto, tiene a su vez, acción de saneamiento contra el heredero aparente que es su causante. Podrá acontecer que esta acción le resulte ilusoria, debido a la insolvencia de dicho causante, y entonces su buena fe queda por completo desamparada".

Como vemos la solución francesa, no la podemos aplicar porque nuestra legislación se mueve dentro de un campo más rígido.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, en un juicio de reivindicación de los herederos de la mujer contra los acausahabientes del marido dictó la sentencia que lleva fecha de 20 de mayo de 1.936. "Resulta que el heredero a quien se adjudica la cosa ya enajenada, se llama a reivindicar, contra el adquirente. La situación que entonces se confronta es compleja, y entran en conflicto dos ordenes de derechos: los del adquirente, que compró de buena fe, y no tuvo medios de conocer el verdadero estado jurídico de la finca, porque el marido figura en el registro como dueño único, y le oculta o no le revela su calidad de viudo, ni el hecho de pertenecer la finca a una sucesión ilíquida; y los del heredero que se encuentra despojado de una cosa".

En dicha Sentencia la Corte hizo una sesuda exposición en - que pondera cuanto debe atenderse a la buena fe, para proteger a los terceros que contratan con aparentes titulares de un derecho. De ésta sentencia son los siguientes pasos:

" Desde que el Derecho se humanizó, dice Gorphe, se saturó de un principio bienhechor que se ha llamado el principio, de la buena fe y que se impuso al respeto general" "La noción jurídica de los "Bona fides", - agrega el autor más adelante - se impregnó de ideas morales y religiosas desconocidas de la antigüedad y se extendió al conjunto del derecho privado".

"El principio de la buena fe, según la doctrina brillantemente expuesta por el autor citado, tiene función creadora, que consiste en hacer surgir el derecho del hecho y una función adaptadora para modelar el derecho sobre el hecho, y se presenta en tres formas: a) como criterio de apreciación y por lo tanto de interpretación de los actos jurídicos. En esta primera forma aparece bajo su aspecto original relacionado con su fuente, la noción de justicia, base ideal del Derecho; b) Como objeto de obligación en las relaciones jurídicas. Aquí se presenta en su aspecto negativo para darle a las manifestaciones caracterizadas de mala fe las correspondientes sanciones; c) Como objeto de protección legal. Esta tercera forma es la más rica en apreciaciones. La buena fe se nos presenta entonces en su aspecto positivo y dotada de una eficacia propia bastante hasta para suplir la falta de derecho. Entre estas aplicaciones se destaca la - concerniente a los actos jurídicos celebrados con el titular aparente de un derecho. Aquí dice el autor citado, la - eficacia de la buena fe presenta una gravedad particular, en cuanto ella no opera sino en detrimento del verdadero titular del derecho. La cuestión se presenta bajo la forma de un conflicto de derechos entre el verdadero titular y el - tercero de buena fe, causahabiente del titular aparente: uno de los dos debe necesariamente ser sacrificado. Planteado ante la Corte de Casación francesa este conflicto, en un asunto célebre (affaire de la Boussinière), lo resolvió di-

cha alta entidad por superiores motivos de equidad y de utilidad social, en el sentido de proteger al tercero de buena fe. Se trataba de un negocio celebrado con un heredero aparente. Sin ningún texto aplicable al caso controvertido, - la citada Corte declaró que los actos jurídicos ejecutados por los terceros de buena fe con el heredero aparente, podrían ser puestos a los herederos verdaderos, aunque no se probara culpa en estos últimos".

"Y para justificar con mayor fuerza su adhesión a los extremos enunciados, añadió nuestra Corte esta observación:" Resta, para concluir llamar la atención hacia la circunstancia de que la doctrina que en el presente fallo se expone, no crea, en contra de los herederos de la esposa muerta, mayores peligros de los que la naturaleza misma de las cosas hace inevitables en el régimen de la sociedad conyugal. Las ventas posiblemente perjudiciales para ellos, verificadas por el marido, han podido ser realizadas por éste con la misma libertad durante la existencia de la sociedad conyugal, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.805 y 1806, y es obvio que la muerte de uno de los cónyuges y la consiguiente disolución de la sociedad conyugal no son hechos jurídicos de los cuales tenga que esperarse, en favor de los herederos, un cambio de situación jurídica que los ponga al abrigo de una mala administración, a cuyos efectos les fué posible sustraerse durante la existencia de la sociedad". Sentencia de 20 de mayo de 1.936 cita de Carrizosa Pardo, quien la tomó de "Gaceta Judicial" Nº 1.904.

Los pasajes de la sentencia de la Corte que acabamos de transcribir, defienden en forma brillante, los efectos de la buena fe, en su función de protectora de los derechos de terceros que así obran; la exposición de los principios de Gorphe, no podemos negarlo nos han impresionado, por lo profundos y sesudos, que revelan al erudito en estas materias, los argumentos nos los hacen aparecer como una autori-

Pero verdadero.  
 dad en la materia y el fruto de un estudio paciente y exhaustivo; dicho autor concluye presentándonos a la buena fe como creadora de derechos, con base en un hecho; bien, todos los conceptos de Gorphe, sirvieron a la Corte de Casación francesa para resolver un asunto célebre) Affaire de la Boussinié re), por motivos de equidad y de utilidad social, y con base en esto nuestra Corte adhirió a esos conceptos, y los reforzó y justificó, como puede verse en la exposición final que hemos transcrito del famoso fallo; más creemos que nuestra Corte en su afán de proteger los derechos de terceros de buena fe, olvidó que en nuestra legislación civil, existen imperativos artículos para resolver el problema controvertido, - los cuales no constituyen letra muerta, sino que se han formulado para defender el derecho de propiedad, cuya existencia y reconocimiento seculares, no se pueden menoscabar, so pretexto de actuar por espíritu de equidad. Además la solución en esta forma, está bien en Francia, en donde la legislación no tiene un artículo expreso para resolver el problema, en donde sobre la materia existe un derecho consuetudinario, todo ha sido obra de la jurisprudencia y la doctrina de las cuales tenemos un alto sentido, por su sabiduría nunca desmentida, pero allá no tienen normas imperativas como las nuestras; por otra parte el error en que está el tercero que contrata con el viudo, no es común a muchos, sino individual y el error individual no es fuente de derecho. De manera que por lo expuesto nos ratificamos a la conclusión que habíamos dado con base en las disposiciones de nuestro código, y no nos es posible aceptar como tesis general la de nuestra Corte Suprema de Justicia.

#### DE LA ACCION REIVINDICATORIA DE LOS BIENES HEREDITARIOS REIVINDICABLES.-

Ya habíamos tenido ocasión de referirnos a este tema, cuando dábamos las conclusiones a que habíamos llegado respecto a la invalidez de los actos realizados por el heredero aparente sobre los bienes hereditarios, y analizábamos los artículos 1.324 y 1.325, pero volvemos ahora para complementar nuestro estudio y delimitar las dos acciones que tiene el here-

dero verdadero.

El artículo 1.325 dice: " 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 ocupó de mala fe la herencia, le complete lo que por el recurso a terceros poseedores no hubiere podido obtener y le deje enteramente indemne; y tendrá igual derecho contra el el que ocupó de buena fe la herencia en cuanto por el artículo precedente se hallare obligado".

Se deduce del artículo transcrito, que el heredero verdadero, tiene dos acciones distintas e independientes, las cuales puede ejercitar a voluntad, por manera que el legisla--dor en su afán de defender el derecho de propiedad, quiso--que el verdadero heredero, que en último término es el dueño de la herencia quedara garantizado en cuanto a la recuperación de los bienes hereditarios.

Estas dos acciones a que aludimos, son: la de petición de herencia y la reivindicatoria. La primera por mandato del artículo 1.324 y cuando los bienes estén todavía en poder del heredero aparente, sea de buena o de mala fe, con las conse--cuencias ya explicadas, y la segunda por mandato del artícu--lo 1.325 contra el tercer adquirente cualquiera que sea su título de adquisición y si es de buena o de mala fe.

El verdadero heredero no tendrá acción si los terceros ya -- la han prescrito.

Esta prescripción es la extraordinaria de 20 años, pero por excepción el poseedor hereditarios o heredero aparente puede ganarla por prescripción ordinaria de 10 años, cuando ha obtenido el decreto de posesión efectiva de la herencia, por cuanto a términos del artículo 766 inc. 4º el decreto le sirve de justo título, y este unido a su buena fe lo convierte en poseedor regular.

Ahora bien, el heredero verdadero si prefiere ejercitar la acción reivindicatoria cuando los bienes hayan pasado a terceros, y si de éstos no pudo obtener recuperación, conserva la subsidiaria contra el poseedor aparente de mala fe, para que le complete lo que por el recurso a terceros no hubiere podido obtener. Y en cuanto al de buena fe para que le complete con la suma en que la enajenación lo hubiere hecho más rico, Art. 1.325 inc. 2º.

Así protegió la ley los derechos del verdadero heredero.

## CAPITULO QUINTO.

### DURACION DE LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA.

Con respecto a ésta materia se ha consagrado el artículo 1.326 del C. Civil que dice : " El derecho de petición de herencia expira en treinta años ( hoy 20 de acuerdo a la ley 50 de 1.936, art. 1º.).

" Pero el heredero putativo en el caso del inciso final -- del artículo 766, podrá oponer a ésta acción, la prescripción de 10 años, contados como para la adquisición del dominio".

En primer lugar diremos que la prescripción de que aquí se trata es la misma que la ley establece para casos generales, esto lo decimos teniendo en cuenta que la ley 50 de 1936 que redujo a 20 años el término de todas las prescripciones treintenarias establecidas en el Código Civil, incluye entre ellas a la de petición de herencia.

Volviendo al artículo objeto de nuestro análisis, consideramos que ésta acción la puede ejercitar el verdadero heredero, dentro del plazo que acabamos de indicar y que no es -- perpetua como la acción de partición, la cual se la puede pedir en cualquier tiempo mientras exista indivisión.

" Por consiguiente, la acción de petición de herencia es prescriptible y de duración limitada, pudiendo ser rechazada por la excepción de prescripción adquisitiva de dominio, por el heredero aparente o putativo que la ha poseído como tal, sin reconocer el derecho del demandante, durante el tiempo que la ley señala". Somarriva, de la Sucesión por causa de muerte, pág. 157, Claro Solar pág. 271, ob. ct..

El artículo presenta dos aspectos: en la primera parte establece la regla general de que la acción prescribe en 30 años, plazo correlativo al de usucapión extraordinaria, del derecho real de herencia (art. 2.533), reducida hoy a 20 años

la excepción de prescripción.

por la ley 50 de 1.936. De manera que el heredero aparente, que es el que se da por tal sin serlo, siempre que haya ocupado la herencia mediante posesión pacífica y pública y con ánimo de dueño, durante el tiempo que la ley señala, adquiere el derecho, de poder oponer la excepción de prescripción extraordinaria, al verdadero heredero, y en esa forma adquiere el dominio sobre los bienes hereditarios poseídos. Este término se empieza a contar, no desde la apertura de la sucesión, sino desde el momento que empezó a realizar los actos constitutivos de posesión.

La segunda parte del artículo dice: "Pero el heredero putativo en el caso del inciso final del artículo 766, podrá oponer a ésta acción de prescripción de 10 años, contados como para la adquisición del dominio".

Es este un caso excepcional, es el mismo heredero aparente que se da por tal sin serlo, pero que ocupa la herencia, se hace declarar heredero, y obtiene luego el decreto de posesión efectiva de la herencia, este decreto dice el mencionado inciso que le "servirá de justo título" el cual unido a la buena fe, lo convierte en poseedor regular, y en esas condiciones a términos del artículo 1.326, "podrá oponer a esta acción ( la de petición de herencia del verdadero heredero) la prescripción de 10 años, contados como para la adquisición del dominio". Por lo demás el heredero putativo mientras no obtenga el decreto a que hemos hecho mención, sólo podrá adquirir el dominio por prescripción extraordinaria, ya que carece de justo título, y en estas condiciones el verdadero heredero, lo puede despojar de su posesión en cualquier tiempo mientras no haya usucapido extraordinariamente.

Ahora bien, los diez años de prescripción ordinaria del heredero putativo se cuentan a partir de la fecha del decreto de posesión efectiva, y mientras no haya cumplido los diez años, no podrá tampoco oponer al heredero verdadero la excepción de prescripción.

La Corte dice sobre el decreto de posesión efectiva de la herencia: "El decreto de posesión efectiva, no es otra cosa que un acto destinado a ser inscrito, para que cancele los registros hechos en favor del de cujus, a intento de que no subsistan con el peligro de que cualquiera persona, tomando su nombre, disponga de los bienes herenciales o los grave, y para que confiera a los herederos, conjuntamente, facultades dispositivas respecto de los mismos bienes. El decreto de posesión efectiva no otorga la calidad de heredero ni suple la falta de títulos, ni excluye de la herencia a quienes se presentan más tarde con la prueba necesaria para que se extienda también a su favor dicho decreto; pero sirve por excepción, de justo título al heredero putativo, para que sea considerado como poseedor regular, como se desprende de los artículos 766 inc. último, y 1.326 del C. Civil". (Cas. 28 de septiembre de 1.936, XLIV, 158; 6 de noviembre 1.939, XLVIII, 897).

Sólo nos resta agregar, que es indispensable que el justo título que le da el decreto al heredero putativo, tiene que subsistir jurídicamente, esto es estar en vigencia, que no haya sido anulado por sentencia judicial; de consiguiente para que se produzca el fenómeno de la prescripción en éste caso, es necesario que desde la fecha del título del heredero putativo hasta el momento de la notificación de la demanda hayan transcurrido diez años.

#### Derecho de Sucesión

Por fin diremos que los términos de prescripción en la acción de petición de herencia quedaron así: "20 años de duración si el demandado no tiene posesión efectiva y 10 años, en caso de haberla obtenido, contándose cada dos días por uno para el cómputo de los años entre ausentes, es decir entre personas que no viven en el territorio de la República.

Nuestro Código fijó el plazo a la prescripción ordinaria de 3 años para muebles y de 10 años para inmuebles, art. 2.529, Ley 50 de 1.936, art. 1º.

B I B L I O G R A F I A .

Bry Georges

Morales y Pinórez Eduardo  
Nociones de Derecho Romano

Claro Solar Luis  
Código Civil colombiano

Tratado de Derecho Civil

Carrizosa Pardo Hernando  
Código Civil francés

Las Sucesiones

Romero Cárdenas Vicente  
Enneccerus, Kipp y Wolff

Código Civil alemán  
Derecho de Sucesiones

Gáspery Luis de  
Código Civil argentino

Derecho Hereditario

Josserand Luis

Valencia José Arturo

Derecho Civil Francés

Nociones de Derecho Civil

Planiol y Ripert

Bosch Rivin Urdurraga Manuel

Tratado Práctico de Derecho Civil Francés

Prayones Eduardo  
Sucesiones.

Derecho de Sucesión

Plazas Arcadio (Comp.)

Código Judicial colombiano

Rocha Antonio

De la Prueba en Derecho.

B I B L I O G R A F I A .

Rodríguez y Piñérez Eduardo

Código Civil colombiano

Romero Girón Vicente

Código Civil francés

Romero Girón Vicente

Código Civil alemán

Velez Sarsfield Dalmacio

Código Civil argentino

Valencia Zea Arturo

Nociones de Derecho Civil

Somarriva Undurraga Manuel

Derecho Sucesorio.

"LA UNIVERSIDAD DE NARIÑO NO APRUEBA NI DESAPRUEBA  
LAS OPINIONES EMITIDAS EN LA TESIS; TALES OPINIONES  
DEBEN CONSIDERARSE COMO PROPIAS DE SU AUTOR". (Art.103  
del Reglamento).

BIBLIOTECA GENERAL  
UNIVERSIDAD DE NARIÑO

A.N.

T

19255

345.727 Riascis Narváez, Bernardo.  
R 41

La acción de petición de gerencia. **VENCE**

NOMBRE *Mano Alexis Recalde*

No. del Carnet *24031262*

NOMBRE *Alexander Lopez*

No. del Carnet *29051239*

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

AN

T

D345.727

R41

19255