

LA PARTICIÓN DEL PATRIMONIO EN VIDA EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

*Carlos Alberto Colmenares Uribe**

Las normas procesales tienen por norte, que el objeto de los procedimientos sea la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial¹.

Pese a que doctrinariamente en Colombia se ha sostenido que la institución de la partición en vida no hacía parte del sistema jurídico colombiano y que esta sólo nació a la vida jurídica con el Código General del proceso, desde ya afirmo que el Código Civil si regula dicha figura desde el año de 1887, en su artículo 1375, que preceptúa: “Si el difunto ha hecho la partición por acto entre vivos o por testamento, pasará por ella, en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno”².

Lo que no existía era la norma procesal que definiera la forma en que dicha partición podía ser adelantada por las personas, debiendo aclarar que

* Abogado egresado de la Universidad Libre, *suman cum laudem*, ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre seccional Cúcuta, ex rector de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, asesor externo de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, profesor universitario de pregrado y postgrado, conferenciante nacional e internacional de Derecho Procesal, Conjuez del Honorable Tribunal Superior de Cúcuta- Sala Civil, Presidente del Capítulo Norte de Santander del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Magister en Derecho Procesal, abogado litigante. Miembro del Instituto Colombiano e Iberoamericano de Derecho Procesal, investigador de temas de Derecho Procesal. Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca España *cum laudem*. Director de la maestría de Derecho Procesal de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Artículo 11.

² ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA, CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 57 del 15 de abril de 1887 o Código Civil. Artículo 1375.

en nuestro caso la partición, procesalmente hablando, siempre ha existido en materia de sucesión testamentaria, pero nunca en la forma en que la utilizan las personas para disponer de los bienes con la finalidad única de obviar la sucesión, debiendo acudir, por ejemplo, a la fiducia civil, a la donación y a las ventas simuladas.

De la norma destacada se infiere que toda persona en vida puede hacer la partición de bienes de dos maneras: a) por acto entre vivos, o; b) por testamento, destacando, como se dijo, que la primera nunca tuvo un desarrollo procesal mientras que la segunda sí.

Fue así como la partición del patrimonio que en vida, fue presentada en el informe de ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley del Código General del Proceso (196/11 Cámara – 159/11 Senado) en la Cámara de Representantes, destacando como razones para su adopción, la prevención de negocios jurídicos simulados o procedimientos complejos como las fiducias o la creación de sociedades, que realizaban ciertas personas con el fin de ocultar el verdadero interés de partir en vida su patrimonio y de este modo evitar procesos de sucesión innecesarios o trabosos para sus herederos³. Y en la ponencia del tercer debate del mismo proyecto de ley, igualmente se exaltó la inclusión de la partición del patrimonio en vida para garantizar los derechos de los herederos y de los terceros, a diferencia de otras figuras empleadas usualmente para adjudicar bienes en vida⁴.

1. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA PARTICIÓN DEL PATRIMONIO EN VIDA

Finalmente, el instituto en comento fue incorporado al Código General del Proceso⁵, para lograr la efectividad de la norma sustancial ya aludida, esto es, el artículo 1375 del Código Civil.

Ahora, la institución merece destacarse en los siguientes aspectos:

1. Fue incorporada en la norma que regula las sucesiones testadas, intestadas o mixtas, esto es, el Título sobre procesos sucesorios y concretamente en el Capítulo IV concerniente al trámite de las sucesiones y se describe en

³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso N°. 754 de 2011.

⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso N°. 114 de 2012.

⁵ Véase: <https://www.youtube.com/watch?v=IE7dpHasOic&t=565s>.

el párrafo del artículo 487 del Código General del Proceso, referido a la liquidación de las sucesiones testadas e intestadas, lo cual sugiere la relación entre la partición y la sucesión.

2. Para su realización se requiere: a) de una licencia judicial, y; b) de una escritura pública.
3. La norma advierte que esta partición no requiere proceso de sucesión.

En efecto, La ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso, expresamente señaló:

Artículo 487. Disposiciones preliminares.

Las sucesiones testadas, intestadas o mixtas se liquidarán por el procedimiento que señala este Capítulo, sin perjuicio del trámite notarial previsto en la ley.

También se liquidarán dentro del mismo proceso las sociedades conyugales o patrimoniales que por cualquier causa estén pendientes de liquidación a la fecha de la muerte del causante, y las disueltas con ocasión de dicho fallecimiento.

Parágrafo. La partición del patrimonio que en vida espontáneamente quiera efectuar una persona para adjudicar todo o parte de sus bienes, con o sin reserva de usufructo o administración, deberá, previa licencia judicial, efectuarse mediante escritura pública, en la que también se respeten las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales. En el caso de estos será necesario el consentimiento del cónyuge o compañero.

Los herederos, el cónyuge o compañero permanente y los terceros que acrediten un interés legítimo, podrán solicitar su rescisión dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que tuvieron o debieron tener conocimiento de la partición.

Esta partición no requiere proceso de sucesión⁶.

Posterior a ello, el Decreto 1664 del 20 de agosto de 2015, reglamentó el párrafo del artículo 487 del Código General del Proceso, indicando los requisitos para hacer posible la materialización de la partición.

En él se dispuso que, para su adelantamiento, es competente el notario del domicilio del adjudicante quien junto con la solicitud debe adjuntar copia con la constancia de ejecutoria de la sentencia que concede la licencia judicial de adjudicación o partición, conferida con base en el trabajo presentado ante el juez de familia.

⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Op. cit. Artículo 487.

Sabiendo eso, debo reiterar que el instituto de la partición del patrimonio en vida no es una figura novedosa en el ordenamiento jurídico colombiano, y no es cierto que su introducción haya sido por cuenta de una norma procesal, como lo es el Código General del Proceso, porque si se analiza en detalle lo previsto en el artículo 1375 del Código Civil, allí se encuentra el sustento de orden sustancial de la figura en comento. Se trata pues, del desarrollo procedimental de una figura que desde antaño ha existido en el ordenamiento, pero que no había sido aplicada en su real sentido, precisamente porque existía la norma sustancial con orfandad de su aplicación desde el punto de vista procedimental.

Con el tema de la partición en vida expresamente regulado en el artículo 1375 del Código Civil, se presenta la misma situación que tenían los poseedores materiales hace décadas, a quienes por ninguna circunstancia les era permitido iniciar el proceso de pertenencia o sencillamente alegar la prescripción adquisitiva por vía de pretensión, sino que solamente les era permitido alegarla por vía de excepción en su condición de demandado, siendo necesario en el derecho práctico, que se expidiera la Ley 120 de 1928, por medio de la cual se le permitió al poseedor material presentar la pretensión para obtener la declaratoria de la prescripción adquisitiva, evitando así que tuviera que ser demandado para alegarla por vía de excepción, aunque Latorre destaca que no era necesaria la ley, por cuanto en varias jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia se había reconocido el derecho de acción del poseedor⁷.

2. CARACTERÍSTICAS DE LA PARTICIÓN DEL PATRIMONIO EN VIDA

Frente a la partición del patrimonio en vida, como ya ha logrado advertirse en este escrito, se tiene que esta figura surge como respuesta a la realización de negocios jurídicos simulados, las fiducias y la creación de sociedades, con el fin de ocultar la intención de partir en vida el patrimonio y pasar por alto los procesos de sucesión. Contrario a lo ocurrido con otras figuras usadas para adjudicar el patrimonio en vida, esta garantiza la autonomía de la voluntad de aquel que quiera disponer de sus bienes en vida y los derechos de los herederos y terceros bajo la seguridad de que se respetarán las asignaciones forzosas y los gananciales, pero su fundamento sustancial es el artículo 1375 del Código Civil. Por esta razón, se consagra “como una excepción ulterior

⁷ LATORRE, Luis Felipe. Procedimiento Civil Colombiano. Bogotá: Librería Voluntad. 1948, p. 319.

del artículo 1520 del Código Civil que prohíbe la sucesión por causa de muerte de una persona viva, en los casos en los que se procede a la partición de todo el patrimonio de cierto individuo”⁸.

Frente a este último punto, el profesor Marco Antonio Álvarez, afirma que no es la primera vez que la ley ha establecido una excepción a la prohibición de pactos de herencias futuras⁹, y esto encuentra antecedentes en la donación por causa de matrimonio (arts. 1463, 1842 y 1844 del Código Civil), la donación a través de fidecomiso civil (arts. 1470 y 1471 del Código Civil) y la donación-partición prevista en el artículo 1375 del Código Civil¹⁰.

Para ese autor, la novedad que trae el Código General del Proceso radica en que tal partición no requiere proceso de sucesión y se trata de un negocio jurídico que reporta las siguientes características¹¹:

- a) Es solemne.
- b) Se requiere de la intervención y consentimiento de las personas a quienes se les adjudican los bienes y del cónyuge o compañero permanente¹².
- c) Para la validez del acto se requiere de licencia judicial con la que se permite verificar la capacidad del partidor y el respeto por las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales.

⁸ Ibid., p. 319.

⁹ Al respecto, el autor cita lo expuesto por Hernando Carrizosa Pardo, quien señala que el origen histórico de esa figura se remonta al derecho consuetudinario anterior al Código de Napoleón, donde se instituyó la *demission de biens* (entrega de bienes) con el cual una persona en vida se desprendía de su patrimonio a favor de sus consanguíneos, se trataba de una forma de donación que no estaba sometida ni a las formalidades del testamento ni de las donaciones comunes. Lo anterior sirvió de base para que en el Código francés se instituyera la partición de ascendiente, lo que se tradujo entre nosotros como la donación-partición. Carrizosa Pardo, Hernando. Sucesiones y Donaciones. 5ª Edición. Bogotá D.C.: Lerner. 1966. p. 514. En: Álvarez Gómez, Marco Antonio. Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen I. Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2015, p. 130.

¹⁰ ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen I. Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2015, pp. 129-130.

¹¹ Estas características fueron acogidas por la Corte Constitucional en Sentencia C-683 de 2014. MP. Mauricio González Cuervo.

¹² La necesidad de consentimiento por parte del adjudicatario reside, según el autor en que éste, como ocurre en la sucesión, puede rechazar la asignación. Y de igual forma sostiene, la necesidad de que el cónyuge asista al acto de partición y dé su consentimiento en procura de salvaguardar sus derechos; el incumplir lo anterior acarrea la nulidad del acto.

- d) Se trata de un contrato gratuito.
- e) Es un negocio autónomo que no puede entenderse coligado ni supeditado a una previa donación, es decir, no se trata de la donación-partición prevista en el artículo 1375 del Código Civil, pues no cabe afirmar que la figura prevista en el CGP presupone que la persona, previamente, debe transferirle los bienes a todos los adjudicatarios para luego dividirlos entre ellos, si se habla de partición es porque el objeto de ella es el patrimonio de la persona entendido como una unidad de la que puede disponer en beneficio de una o varias personas¹³.
- f) El título para el adjudicatario es la partición y el modo la tradición, por cuanto éste adquiere la propiedad en virtud de un acto celebrado en vida y a través de la entrega jurídica que el partidor hace de sus bienes. De forma tal que, como no se requiere de juicio sucesorio, el modo no puede ser el de sucesión por causa de muerte ni el título la ley.
- g) La partición puede coligarse a un usufructo o a un contrato de administración, puesto que a voluntad del partidor o por exigencia del cónyuge, el partidor puede adjudicar sus bienes con reserva de usufructo¹⁴ o administración¹⁵.

Ahora, con base en el Código General del Proceso, Marco Antonio Álvarez expone que los requisitos que deben cumplirse en la partición del patrimonio en vida son:

- a) Ser persona capaz.

¹³ Sobre esta afirmación se tiene el siguiente reparo: para el autor la regulación del Código General del Proceso en su artículo 487 sobre la figura de la partición en vida, es distinta de lo contemplado en el artículo 1375 del Código Civil en tanto en este último la partición se lleva a cabo después de que se ha realizado la donación, posición que no se comparte por cuanto no resulta comprensible que primero se transfiera los bienes a los adjudicatarios y posteriormente se lleve a cabo la partición de los mismos, pues tal partición constituye presupuesto de la posterior tradición, en otras palabras, el modo de adquirir el dominio debe ir precedido del título por el cual se adquiere. Este asunto se estudia más adelante.

¹⁴ Tal usufructo puede constituirse ya sea por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario, que no necesariamente debe ser el partidor, porque bien puede ser su cónyuge, compañero o compañera permanente, o un tercero (casos en los que deberá aplicarse lo dispuesto en los artículos 829 y 830 del C.C.). Lo mismo puede afirmarse si se reserva la administración.

¹⁵ ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. Ensayos sobre el Código General del Proceso. Op. cit., pp. 130-135.

- b) Obtener, previamente, licencia judicial¹⁶.
- c) Debe realizarse a través de escritura pública, para cuyo otorgamiento es necesario que comparezca el adjudicatario y acepte la adjudicación. Además, debe asistir el cónyuge y dar su consentimiento.
- d) En el acto de partición deberá liquidarse la sociedad patrimonial o conyugal con el fin de respetar el derecho a los gananciales.
- e) En la misma escritura se debe precisar si el partidor se reserva el derecho de usufructo o administración.
- f) Debe inscribirse la partición en las oficinas de registro correspondiente, si fuere necesario¹⁷.

3. DE LA CALIDAD DE LOS ASIGNATARIOS Y LAS OPCIONES DE LOS AFECTADOS CON LA PARTICIÓN

Como puede intuirse, la partición del patrimonio en vida guarda cierta similitud con el testamento y dicho parecido radica primordialmente en que el interesado puede hacer uso de la cuarta de mejoras y libre disposición, es decir, la persona que en vida espontáneamente quiera adjudicar todo o parte de sus bienes, con o sin reserva de usufructo o administración, mediante escritura pública, debe tener presente las exigencias del artículo 1226 del Código Civil, norma de advertencia al testador del deber de respetar las asignaciones forzosas.

¹⁶ En relación con la licencia judicial que señala el autor como segundo requisito para adelantar la partición en vida, ha de considerarse que se trata de una licencia previa al acto de la escritura pública que protocoliza la partición, en la que se pretende ejercer un control de legalidad, respecto a las asignaciones forzosas, los derechos de terceros sobre los bienes objeto de la partición y el consentimiento del cónyuge sobre la realización del mismo. No obstante -como se profundizará más adelante-, no se encuentra razón para que se acuda a la administración de justicia y adelantar un control que bien puede ser realizado por el notario ante quien, a continuación se levantará la escritura pública en la que se solemniza el acto de partición en vida, si este control se hace por el notario al otorgar la escritura pública que protocoliza la partición o adjudicación en la liquidación de la herencia y los gananciales, lo mismo podría ocurrir con la partición en vida, pues en todo caso y ante una posición que sostenga existe mayor seguridad si dicha licencia es concedida por un juez de la República, debe tenerse en cuenta que frente al negocio de partición, es posible para quienes vean lesionados sus derechos, adelantar una acción rescisoria; solo en ese evento intervendría la jurisdicción, no debería desgastarse la administración de justicia si antes no existe un conflicto que active su actuación.

¹⁷ ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. Ensayos sobre el Código General del Proceso. Op. cit., pp. 135-137.

Las razones, entre otras, para dar aplicación a ese régimen normativo propio del testamento, radican primordialmente en la consideración a los derechos de los legitimarios, que en concepto de la Corte Constitucional:

Los derechos sucesorales de los legitimarios que protegen las legítimas rigurosas son la natural y obvia proyección en el tiempo de la “voluntad responsable” de conformar una familia, pues emanan de la vocación hereditaria que, a su turno, es consecuencia de la filiación y, ésta, a su vez, surge del parentesco que, entre otros, nace de los vínculos de consanguinidad que forman una familia, con prescindencia de las diversas modalidades en que esta puede tener lugar. Constituyen clara expresión de la “progenitura responsable” y son también manifestación de “los consiguientes derechos y deberes” que se derivan del “estado civil de las personas”, materias todas éstas sobre las que le corresponde al Congreso legislar¹⁸.

Entonces, si la persona realiza la partición y en la misma adjudica la cuarta de mejoras y libre disposición, debe entenderse que lo puede hacer, pues en últimas la partición que hace la persona cuando otorga testamento es la misma que se hace sin testamento, dado que en ningún momento se pueden desconocer los derechos de alimentos, la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras de la que se habla. Asimismo, deben garantizarse los derechos de terceros y los gananciales.

Estos requisitos que otorgan validez a la partición, deben ser verificados por el juez antes de dar la licencia, pero que aún sin necesidad de licencia, los puede verificar fácilmente el notario, como lo hace en los tramites de las sucesiones notariales.

Pero, no pueden confundirse los conceptos de parientes con el de legitimarios, que según el artículo 1240 del Código Civil, son: 1) Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial; 2) Los ascendientes; 3) Los padres adoptantes, y; 4) Los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple. Entonces, una persona que no tenga vínculo matrimonial ni marital, ni tampoco legitimarios, solamente hermanos y sobrinos, puede disponer del 100% de su patrimonio a favor de una persona con quien no tenga el más mínimo parentesco, es decir, hacer uso de la libre disposición, debiéndose aprobar la partición por parte del juez.

¹⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-641 del 31 de mayo de 2000. MP. Fabio Morón Díaz.

Aunado a eso, hay que tener en cuenta también, que en este caso resulta plenamente aplicable el artículo 1018 del Código Civil en lo que respecta a la dignidad y la capacidad para heredar, y el artículo 1019 que exige que para suceder es necesario “existir naturalmente” al momento de abrirse la sucesión, con la excepción de que, es válida la asignación cuando la persona no exista pero se espera que lo sea dentro de los 10 años siguientes o cuando la asignación se ofrece como premio a las personas que presten un servicio importante aun cuando no existan al momento de la muerte del testador. Por este motivo, se pueden incluir en la partición hijos póstumos o aquellos que no hayan sido reconocidos cuando se hace la misma.

En razón a las causales de nulidad, la partición sigue las mismas reglas de la sucesión, por lo cual, se puede pedir su rescisión cuando la celebre una persona incapaz o inhábil (art. 1061 del Código Civil), cuando se haga a través de la fuerza, error o dolo, o cuando no se respete lo estipulado en el artículo 487 del Código General del Proceso, esto es, lo relacionado con las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales.

Respecto al hecho de si esa última norma desconoce el derecho a la igualdad de los hijos que al momento de la partición no hayan consolidado su relación paternofilial y, asimismo, de los terceros interesados futuros, la Corte Constitucional consideró en la Sentencia C-683 de 2014 que dicho derecho no se vulnera por los siguiente:

Los hijos reconocidos y los que no lo son en el momento de la partición no pueden recibir el mismo trato porque representan supuestos que no son susceptibles de compararse. Los primeros existen en el momento de la partición, los segundos no. (...) los hijos cuya relación paterno filial se encuentra consolidada tienen derecho a participar en el proceso porque tienen un vínculo de parentesco reconocido y por ende un interés legítimo de participar en la partición del cual carecen los hijos que no han sido reconocidos y que no tienen por consiguiente vocación hereditaria¹⁹.

Asimismo, afirma la Corte que lo anterior es válido frente a los futuros terceros interesados, como en el caso de los acreedores futuros, quienes, cuando ocurre la partición, no tienen interés legítimo en ella y ningún vínculo con quien la realiza, razón por la cual no se les puede reconocer ningún derecho.

No obstante, debido a que la norma reconoce la obligación de respetar las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales, las personas

¹⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-683 del 10 de septiembre de 2014. MP. Mauricio González Cuervo.

que esperan que su relación paterno filial se consolide en el lapso de diez años a partir del proceso de partición, pueden ser incluidas en la partición (al aplicar la excepción del inciso 2 del artículo 1019 del Código Civil), siempre y cuando el titular no la revoque antes de que se haya efectuado la entrega del patrimonio a los asignatarios.

Por otro lado, los hijos no reconocidos o los terceros interesados que quieran intervenir, pueden hacerlo antes de que se estipule la escritura y se entreguen los bienes a los asignatarios, para lo cual deben demostrar su interés legítimo en el marco del proceso judicial que se surte para autorizar la partición. Con base en esto, es importante aclarar que el proceso garantiza la publicidad de los hechos, la práctica de las pruebas requeridas y el reconocimiento de la posibilidad de interponer recursos.

Pero para evitar ese tipo de controversias respecto de los interesados en la partición, lo más razonable es que, si existen, por ejemplo, procesos de filiación en curso, no se otorgue la autorización judicial contenida en el párrafo del artículo 487 del Código General del Proceso, hasta tanto los mismos no sean definidos.

No obstante, en caso de que ello no ocurra y la licencia se otorgue, los terceros interesados, incluidos el cónyuge o los hijos que no hayan consolidado un vínculo paternofilial y que acrediten un interés legítimo, pueden interponer una acción de rescisión de la partición del patrimonio en vida, antes o después de la muerte del causante, dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tuvieron o debieron tener conocimiento de ella.

Cabe aclarar que, la acción rescisoria ha sido vista como un desconocimiento del derecho a la igualdad, al compararla con otras acciones como la rescisión corriente, la lesión enorme, la invocación del acervo imaginario y la petición de herencia. Sin embargo, la Corte ha determinado que “la lesión enorme y la rescisión del artículo 1750 del Código Civil no son comparables con la acción rescisoria de la partición del patrimonio en vida, puesto que se emplean en supuestos diferentes”²⁰.

Las tres acciones principales con las que cuentan entonces los legitimarios en los procesos de sucesiones (la reforma del testamento, la figura de los acervos imaginarios y la petición de herencia regulada) se interponen después de la muerte del causante y buscan proteger lo que por ley les corresponde a ciertos herederos según el orden de sucesión. Sus términos de prescripción

²⁰ Ibid.

oscilan entre los cuatro y diez años, tanto para la reforma de testamento y la restitución de lo excesivamente donado, como para la petición de la herencia, respectivamente. A su vez, la reforma del testamento y la petición de herencia pueden ser acumuladas con la acción de filiación.

Por eso, con el objetivo de que se les atribuya la porción de bienes que por ley les corresponde a los asignatarios forzosos –que hayan sido o no incluidos en el testamento– estos pueden interponer la reforma del testamento prevista en los artículos 1274 y siguientes del Código Civil. De esta manera, los legitimarios deben reducir sus asignaciones y completar las de quienes solicitan esta figura. El término de dicha acción prescribe a los cuatro años a partir del día en que los interesados conocieron el testamento y su calidad de herederos, y el de los hijos extramatrimoniales que promueven el proceso de filiación se cuenta desde la ejecutoria del fallo en que se reconoce la filiación. Y cuando el proceso de sucesión ha terminado, el demandante puede interponer la acción de reforma y la de petición de herencia.

En cuanto a los acervos imaginarios, se tiene que esta figura se relaciona con la acción de rescisión para la restitución de lo excesivamente donado y hace referencia a:

La acumulación imaginaria del acervo líquido de las donaciones revocables o irrevocables, que se realizan en razón de legítimas o mejoras, de acuerdo con el valor de las cosas donadas al tiempo de su entrega y de las deducciones que se hagan a la porción conyugal en los términos del artículo 1234 del Código Civil²¹.

A través de esta se busca la reconstrucción del patrimonio del causante, es decir, como este hubiera sido en el caso de que no se realizaran las donaciones.

Existen dos acervos imaginarios en los cuales opera la restitución de lo excesivamente donado. En el primero de ellos los beneficiarios son los respectivos titulares, ya que este acervo es el de las donaciones revocables e irrevocables llevadas a cabo como legítimas o mejoras y las deducciones a la porción conyugal, por tanto, no se tienen en cuenta terceros ni acreedores. En este caso, la restitución corresponde a los herederos forzosos. En el segundo, se tienen presentes las donaciones hechas a extraños –que no tengan la calidad de asignatarios forzosos– cuando estas excedan la cuarta de libre disposición y, en el momento de la donación, el donante tenga legitimarios. En este caso, la restitución se hace entre no legitimarios y quienes tengan esa calidad. En

²¹ *Ibíd.*

ambos casos, se deben tener presentes las normas generales de los artículos 1750 y 1751 del Código Civil, en relación con el término de prescripción, a saber, cuatro años después de la muerte del donante.

Y en relación a la petición de herencia regulada, encontramos que toda persona que pruebe su derecho a una herencia, puede interponer esta acción para que se le adjudique y para se le restituyan las cosas hereditarias. Para ejercerla, se debe demostrar la calidad de heredero con el fin de oponerse a las personas que hayan tomado dicha herencia y, así, poder interrumpir la prescripción adquisitiva de dominio a su favor. Esta puede interponerse conjuntamente con la acción de estado civil, “de modo que, el hijo extramatrimonial en proceso de filiación puede solicitar la petición de herencia en el proceso de sucesión frente a los demás herederos para que estos le restituyan su parte de la herencia”²². De este modo, en el caso de que el proceso de filiación prospere, se debe acceder a la petición de herencia. Esta prescribe en el término de diez años.

Finalmente, tras el reconocimiento de dichas acciones, la Corte Constitucional en la Sentencia C-683 de 2014, colige que estas no deben constituir una carga sino una garantía para las personas que fueron excluidas, asimismo, reitera que aquellos que no hayan demostrado su calidad de herederos no pueden esperar un trato igual del que reciben aquellos que sí lo han hecho, pues “la igualdad sucesoral se predica de los estados civiles definitivos, pero no de aquellos derechos que son meramente eventuales por estar condicionados a la certidumbre previa del estado civil”²³. Igualmente, la acción del estado civil y la de rescisión de la partición pueden acumularse, aun cuando en el momento de la partición no se haya iniciado el proceso de filiación.

4. LA CONFUSIÓN DE LA PARTICIÓN DEL PATRIMONIO EN VIDA CON OTROS INSTITUTOS

El párrafo del artículo 487 de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso fue demandado por inconstitucionalidad, producto de lo cual La Corte Constitucional profirió la Sentencia C-683 de 2014 ya citada, en la cual, respecto de la partición del patrimonio en vida, se dijo:

²² *Ibíd.*

²³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. Sentencia 122 del 03 de octubre de 1991.

La partición del patrimonio entre vivos es diferente a la partición por el testador consagrada en el Título X del Libro Tercero en los artículos 1374 y siguientes del Código Civil, cuyo objeto es permitir la división de los coasignatarios de una cosa universal o singular. En este orden de ideas, el artículo 1375 del Código autoriza las particiones realizadas por el difunto por acto entre vivos o por testamento, para evitar controversias judiciales, lo cual se considera excepcional al permitir pactos sobre sucesión futura que en principio se encuentran prohibidos por el artículo 1520 del Código Civil. El fundamento de esta figura de acuerdo con Fernando Vélez es evitar gastos y problemas de la partición judicial cuando hay herederos incapaces; dar a cada heredero lo que más le convenga; permitir que el testador viejo o enfermo pueda liberarse de la administración de los bienes entregándoselos a quien pueda sacarle más provecho (acordando para ello, si así lo decide una renta vitalicia en los términos del art. 2287 del CC). En estos casos, las formalidades son las mismas de las donaciones entre vivos y el testamento y solo pueden tener como objeto bienes presentes. Además, deben respetarse las asignaciones forzosas y se requiere autorización del juez cuando se trata de partición extrajudicial. Se aplican las reglas generales de nulidad o rescisión²⁴ (subrayas fuera de texto).

Esa opinión estuvo sustentada, además, en la opinión de Marco Antonio Álvarez, quien dijo en relación con la partición, que:

Es un negocio jurídico autónomo, con sus propios perfiles e individualidad, que no puede entenderse coligado -y menos aún supeditado- a una previa donación. Con otras palabras, no se trata de la donación-partición prevista en el artículo 1375 del Código Civil²⁵.

Y en la misma obra también dijo el autor:

Si se miran bien las cosas, no es que la ley, por vez primera, hubiere establecido una excepción a la prohibición de los pactos de herencias futuros, así sea la propia (...) otra excepción es la donación-partición a la que se refiere el artículo 1375 del Código Civil, en el que se afirma que, hecha la distribución de esa manera o por testamento, se pasará por ella en cuanto no fuere contraria a derecho ajeno²⁶.

²⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-683 del 10 de septiembre de 2014. Op. cit.

²⁵ ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. Ensayos sobre el Código General del Proceso. Op. cit., p. 131.

²⁶ *Ibíd.*, pp. 129-130.

Personalmente considero que esa interpretación que se le da a la partición contenida en el artículo 1375 del Código Civil no es del todo acertada, pues la norma en ninguna parte dicta que primero se hace una donación y que después los beneficiarios de la misma hacen la partición de lo recibido, además, la diferenciación de esa figura con la regulada en el artículo 487 del Código General del Proceso resulta insuficiente, en tanto, primero, dicha norma autoriza la realización de la partición de bienes a través de acto entre vivos y, segundo, el fundamento utilizado por la Corte para determinar la naturaleza jurídica de la figura prevista en el Código Civil, es la misma que sustenta la partición en vida prevista en el Código General del Proceso, pues se trata de un acto que realiza el partidor en vida que se hace efectiva una vez se protocoliza el mismo, para lo cual se siguen las mismas formalidades de las donaciones entre vivos y el testamento, se deben respetar las asignaciones forzosas, se prevén las acciones de nulidad y rescisión e incluso se requiere de autorización judicial que puede considerarse semejante a la licencia judicial prevista en el Código General del Proceso.

Como se ve, la Corte Constitucional hizo una diferenciación entre la partición en vida contenida en el Código Civil y la partición contenida en el Código General del Proceso, diferenciación que tiene una fundamentación un tanto débil y que es soportada, en parte, en la doctrina de Fernando Vélez y su juicioso estudio al Código Civil colombiano.

Dicho autor en su obra *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, en relación específica al artículo 1375 del Código Civil que consagra a la partición, expone que en el derecho romano estaba prohibida la partición por acto entre vivos por ser aparentemente contraria a las buenas costumbres y al orden público, pero que, en el derecho moderno, dicha figura ha sido aceptada con el fin de evitar pleitos judiciales²⁷.

Frente a la partición por acto entre vivos, dice el autor que el Código Civil francés en su artículo 1706 dispone que a ese tipo de actos le resultan aplicables las formalidades dispuestas por el mismo código para las donaciones y los testamentos, así como la condición de que esa partición sólo verse sobre bienes presentes, no obstante, en el caso colombiano no se cuenta con especificaciones de esa naturaleza.

Por eso, para saber qué requisitos esenciales habría que cumplir para tener por válida la partición, hay que tener en cuenta que, en esencia, esta figura

²⁷ VÉLEZ, Fernando. *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*. Tomo V. París: Imprenta Paris-América. 1926, p. 218.

es la asignación gratuita de los bienes de un sujeto a terceros respetando las asignaciones forzosas, por lo que ese acto tiene las características propias de una donación y una partición, de modo que, si se extrapolan los requisitos de esos actos, se obtiene que para la partición por acto entre vivos se requiere:

1. Que el partidor tenga capacidad para hacer donaciones entre vivos.
2. Que quienes celebran el acto sean hábiles para ser donatarios.
3. Que, si la partición es universal, se debe dar aplicación al artículo 1464 del Código Civil, que dicta que las donaciones de este tipo exigen el otorgamiento de escritura pública y de la inscripción de un inventario solemne de los bienes.
4. Que resulta aplicable también el artículo 1457 del Código Civil que dicta que no vale la donación entre vivos que verse sobre bienes raíces, si no se otorga por escritura pública inscrita en la oficina de instrumentos públicos.
5. Que en estos actos también vale la aplicación del artículo 1458 del Código Civil que dispone que corresponde al notario autorizar mediante escritura pública las donaciones que exceden los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre y cuando las partes sean capaces, lo soliciten de común acuerdo y no sea contraria a ninguna disposición legal²⁸.

En cuanto a la partición por testamento, Vélez, citando a Vera, señala que este acto es la disposición de un sujeto de sus bienes para después de su muerte, para lo cual señala la cuota en que sus herederos le suceden, siendo importante que: “a cada signatario se le adjudiquen especies o sumas determinadas que queden perteneciéndole exclusivamente”²⁹.

Dada la naturaleza de esta forma de hacer la partición, las reglas aplicables son las de los testamentos que el autor resume así:

1. Que se cumplan con las formalidades legales propias del testamento según la clase a la que pertenezca.
2. Que el testador especifique como distribuye los bienes entre sus herederos.
3. El testamento puede ser solemne o privilegiado³⁰.

Sea que se trate de partición por acto entre vivos o por testamento, Fernando Vélez resalta que también deben satisfacerse los siguientes requerimientos:

²⁸ *Ibíd.*, pp. 219-220.

²⁹ *Ibíd.*, p. 220.

³⁰ *Ibíd.*, pp. 220-221.

1. Si en la partición no se incluyen la totalidad de los bienes del partidor, los que quedan por fuera del acto deben repartirse por la vía judicial o extrajudicial, según sea el caso.
2. La partición no puede desconocer las legítimas ni las asignaciones forzosas de ley.
3. Si la partición es por acto entre vivos, resultan también aplicables los artículos 1401 al 1410 del Código Civil, que tratan lo relacionado con los efectos de la partición, la acción de saneamiento por evicción, la improcedencia de dicha acción, el pago del saneamiento, la nulidad y la rescisión de la partición, la omisión involuntaria de bienes dentro de la misma, el pago para evitar la acción rescisoria y la privación del asignatario de esa acción.
4. La partición requiere, casi siempre, que la sucesión se liquide (arts. 1379, 1382 o 1383 del Código Civil), pues: “como la partición por testamento no surte efecto sino después del fallecimiento del testador, siempre requiere la liquidación de la testamentaría”³¹.

Ahora, no es que Fernando Vélez confunda la partición entre vivos con la donación, ya que, según las disposiciones del Código Civil y la naturaleza jurídica de ambos actos, estos son diferentes como se lo logró advertir algunos párrafos atrás, lo que sucede es que, si bien la partición encontró su consagración sustancial en el Código Civil, someramente eso sí, para la época en la que fue redactada la obra del autor, no se contaba con la regulación procesal de la figura objeto de estudio.

De modo que, para poder dar un sustento a los requerimientos que hay que satisfacer para poder ejecutar la partición en vida, el autor acudió a la similitud en el objeto de la misma con la donación y con el testamento, para poder definir unos requisitos que aseguraran la validez del trámite, lo que no obsta para que se concluya que Vélez confundió las figuras.

Cuestión distinta es la que se presenta ahora con la regulación del Código General del Proceso en su artículo 487, en el cual se define que la partición es un acto especial para el cual se dispone un trámite diferente al que están sujetas la donación o el testamento, el cual se caracteriza por una etapa inicial de carácter judicial ante la jurisdicción voluntaria, para el otorgamiento de la licencia, y otra posterior de naturaleza extrajudicial ante el notario, para la protocolización de la partición.

³¹ *Ibíd.*, p. 222.

Esa confusión de la partición del patrimonio en vida del artículo 1375 del Código Civil con la donación y la supuesta diferenciación de la partición regulada en el Código General del Proceso, tiene su origen en la malinterpretación de la doctrina de Fernando Vélez, pues dicho autor nunca se refiere a que la partición del Código Civil tenga como función la de “permitir la división de los coasignatarios de una cosa universal o singular”³².

Es más, si se revisan otras regulaciones normativas del mismo instituto en otros países, se encuentra que la redacción y los fines de la norma son similares a la colombiana. Es así como, por ejemplo, se tiene el caso de España, en donde la figura en comento, según Cabanellas, se encuentra contenida en el artículo 1056 del Código Civil, por medio del cual, según el autor: “el testador puede hacer por acto entre vivos la partición de sus bienes”³³. De hecho, esa norma dispone expresamente que: “Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”³⁴.

Como se observa, la regulación española, que es posterior al Código Civil colombiano, es muy similar, y en el caso de ese país a la misma no se le da la denominación de ser una donación o de ser un medio de dividir una cosa universal o singular entre varios coasignatarios, se trata simplemente, al igual que aquí, de un instituto diferente que permite a un sujeto la trasmisión de la totalidad del patrimonio en vida respetando las asignaciones forzosas de ley.

Hay que hacer la salvedad entonces, de que la partición por acto entre vivos no sólo se encuentra consagrada en Colombia, sino que la misma ha sido adoptada en otros Estados con fines y características muy similares, no obstante, han habido pronunciamientos de la doctrina y de la Corte Constitucional que han confundido la misma, por ejemplo, con la donación, lo cual no es de recibo, entre otras cosas, porque la donación implica la trasmisión gratuita de uno o más bienes a una o varias personas, es decir, la cantidad y la porción a donar pueden ser decididos deliberadamente por el donador, no obstante, con la partición sucede que, en principio, el partidor debe ceder la totalidad de su patrimonio, y otra diferencia clara, es que en la partición se

³² REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-683 del 10 de septiembre de 2014. Op. cit.

³³ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo VI. Argentina: Editorial Eliasta S.R.L. 1994, p. 120.

³⁴ REINO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA. Código Civil. Boletín Oficial del Estado n°. 206 del 25 de julio de 1889.

deben respetar las asignaciones forzosas, las legítimas y la porción conyugal, mientras que en la donación, en principio, no.

Para explicar mejor esta situación, es menester diferenciar las diversas formas que existen para adquirir el dominio de las cosas a título gratuito.

Es así como, tradicionalmente existen tres formas de disponer de los bienes a título gratuito: la sucesión por causa de muerte, las donaciones entre vivos y la fiducia civil, debiendo agregar ahora a la partición del patrimonio en vida que se estudia por su reciente desarrollo procesal.

En relación con la sucesión por causa de muerte, se tiene que a través de esta figura se transmite la herencia o el patrimonio de una persona que fallece a aquella que le sobrevive, según el testamento o la ley. Quienes cumplen con los requisitos para heredar pueden hacer uso de esos bienes, siempre y cuando se respeten las asignaciones forzosas estipuladas en el artículo 1226 del Código Civil, que son: los derechos de alimento, la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras.

A su vez, la figura de sucesión por muerte se divide en testada e intestada; en ambos casos, la ley protege los derechos de los asignatarios forzosos y, en caso de ser necesario, aún sobre la voluntad de quien concede sus bienes.

En razón a la sucesión testada, la persona realiza el testamento y puede hacer la partición de sus bienes bajo su propia voluntad con el cumplimiento de ciertas formalidades. En dicho testamento, la persona delega todos sus bienes o una parte de ellos, guardando la posibilidad de modificar o revocar su testamento en cualquier momento antes de su muerte.

Por su parte, en el caso de la sucesión intestada, la ley concede la herencia a los parientes con base en lo reglamentado en los artículos 1037 y siguientes del Código Civil, que determinan los diferentes órdenes de sucesión.

Los artículos 1019 y 1025 del mencionado Código, determinan quiénes son capaces y dignos de suceder a partir de la muerte del causante, momento en el cual surge el derecho de recepción por aquellos que tengan el carácter de herederos. Y aun cuando el Código estipula que una persona que ha nacido trescientos días después de la muerte del causante no puede suceder, el artículo 1019 expone que, en el caso de que se espere que alguna persona exista dentro de los diez años siguientes a la apertura de la sucesión, esta no se puede invalidar, así como los premios otorgados a quienes presten un servicio relevante.

Por último, es importante anotar que, en los casos en los que el testamento se haya hecho por las personas indicadas en el artículo 1061 del

Código Civil, se haya cedido por dos o más personas o no cumpla con los requisitos exigidos por la ley, se pueden alegar vicios por error, fuerza o dolo del testador.

En cuanto a la donación entre vivos, este un contrato unilateral a título gratuito, que se desarrolla bajo las normas de su propio título en el Código Civil y por las reglas de las asignaciones testamentarias o generales –como de rescisión y nulidad– de los contratos. En este: “se protegen tanto el derecho de libre disposición de los bienes del donante como los derechos de la familia y de los terceros que podrían verse eventualmente despojados de lo que les espera”³⁵.

En esta figura, lo donado debe pertenecer al donante, quien reduce su patrimonio al tiempo que el donatario lo aumenta. Algunos de sus requisitos son: la posibilidad de hacer reservas, la capacidad para donar y recibir, y la insinuación, la cual es requisito fundamental para donaciones mayores a cincuenta salarios mínimos legales vigentes. Estas últimas donaciones necesitan que tanto el donante como el donatario, cumplan con las condiciones de capacidad y consentimiento y, así mismo, deben ser autorizadas por un notario y no pueden contravenir ninguna disposición legal.

Esta donación puede ser llevada a cabo por cualquier persona que la ley declare hábil, pues, cuando no se acredite como tal, se puede invalidar dicha donación sin importar su monto. De igual modo, en el caso de que una persona hábil done todos sus bienes, se realiza la restitución de lo excesivamente donado, sobre lo cual se establecen como titulares los legitimarios, después de la muerte del donante. No obstante, no se pueden hacer donaciones a una persona que no exista al momento del acto jurídico, con las excepciones del artículo 1019 del Código Civil en relación con las personas que se espera que existan en los diez años siguientes a la apertura del proceso de sucesión. Esto último aplica también para aquellas personas que, aunque no existan aún, lleguen a prestar un servicio importante. Pero, las excepciones mencionadas son diferentes a las expuestas en el caso de sucesión por muerte porque la donación es revocable antes de la aceptación del donatario.

Y en lo que respecta a la fiducia civil, esta es regulada por nuestro Código Civil, en el Título VIII del Libro Segundo, que trata sobre los bienes y su dominio, posesión, uso y goce, a través de los artículos 794 a 822.

³⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-683 del 10 de septiembre de 2014. Op. cit.

Actualmente en Colombia, esta es la figura que más utilizan las personas para evitar el proceso de sucesión, la cual es una institución jurídica por medio de la cual los bienes que son propiedad de una persona, natural o jurídica, pasan a pertenecer a otra u otras, cuando se cumpla una condición fijada por el titular de los bienes. Así entendida, la fiducia civil se constituye en una limitación a la propiedad, cuya característica principal es que la propiedad fiduciaria se sujeta a una condición al estar sometida a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, que de cumplirse, obliga a la entrega de la cosa al beneficiario.

Tiene dicho la doctrina y la jurisprudencia nacional, que la constitución de la propiedad fiduciaria y el bien constituido en propiedad fiduciaria se denominan fideicomiso. Del mismo modo, el traspaso de la propiedad a la persona en cuyo favor se constituye el fideicomiso, se conoce como restitución (art. 794 del Código Civil). El fideicomiso, a su vez, es un acto solemne, en cuanto solo puede llevarse a cabo “por acto entre vivos otorgado en instrumento público, o por acto testamentario”, y no puede constituirse “sino sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos” (arts. 795 y 796 del Código Civil).

De las normas citadas, se infiere que existen para la constitución de una propiedad fiduciaria tres partes: (i) el fideicomitente o constituyente, que es la persona propietaria del bien y quien lo entrega en fiducia; (ii) el fiduciario, que es la persona a quien se encomienda la propiedad hasta tanto se verifica el cumplimiento de la condición, momento en el cual debe restituirla al beneficiario del fideicomiso, y; (iii) el fideicomisario, que es la persona a cuyo favor se constituye el fideicomiso y en favor de quien debe llevarse a cabo la restitución del bien cuando se cumpla la condición.

A quien exterioriza la calidad de propietario fiduciario, la ley le reconoce una propiedad limitada, que radica, entonces, en la obligación de restituir el bien en caso de que el fideicomisario cumpla la condición señalada en el acto de constitución de la propiedad fiduciaria, de manera que, mientras el fideicomisario no cumpla la condición, el mismo mantiene la disposición, el goce y la posesión del bien, con la única limitación de conservarlo en su “integridad y valor”, para restituirlo tan pronto se cumpla la condición establecida, salvo en el caso de que en el fideicomiso se conceda al fiduciario el derecho a gozar de la propiedad “a su arbitrio”, caso en el cual “no será responsable de ningún deterioro” al momento de la entrega (art. 813 a 819 del Código Civil).

Este instituto es tan utilizado en Colombia, que ya existe doctrina en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN para fijar los criterios sobre quién debe cumplir las obligaciones relativas al impuesto sobre la renta

y complementarios, respecto de los bienes objeto de un fideicomiso civil, así como de los ingresos que de aquel se deriven, en la cual se concluyó que, por regla general, los bienes y rentas deben ser denunciados en la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del fiduciario³⁶.

De modo que, es posible afirmar que la partición del patrimonio contenida en el artículo 1375 del Código Civil es la misma que es desarrollada por el artículo 487 del Código General del Proceso, la cual es diferente de la donación, de la sucesión y del fideicomiso civil, la cual se convierte entonces en una nueva forma de adquirir gratuitamente el dominio de las cosas.

5. LA LICENCIA JUDICIAL PARA LA PARTICIÓN DEL PATRIMONIO EN VIDA ¿NECESIDAD O CAPRICHOS?

Al inicio de este escrito se dijo que el decreto 1664 del 20 de agosto de 2015 reglamentó el parágrafo del artículo 487 del Código General del Proceso, en el cual se reitera que para la partición del patrimonio en vida ante notario es necesario que primero se otorgue una licencia judicial que lo permita. No obstante, surge una duda, y es si un notario puede conocer de toda clase de sucesiones, es decir, intestada, testada o mixta, existiendo siempre la partición de bienes ¿Cuál fue el motivo o razón poderosa para impedir que ese mismo notario conociera directamente de la partición en vida sin necesidad de la licencia judicial?

Para responder a esa pregunta, primero debemos destacar que actualmente en Colombia los notarios conocen de los siguientes asuntos:

- i. De las conciliaciones como requisito previo de procedibilidad en materia civil, comercial y de familia.
- ii. De las sucesiones.
- iii. De la liquidación y disolución de la sociedad conyugal.
- iv. Del matrimonio civil.
- v. Del divorcio y la cesación de efectos legales de los matrimonios.
- vi. De la autorización para enajenar bienes de los incapaces, sean estos mayores o menores de edad, de conformidad con el artículo 581 del Código General del Proceso.

³⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. Concepto 2044 del 29 de diciembre de 2017. En: <https://bit.ly/2lIA1Ed>.

- vii. De la declaración de ausencia de que trata el artículo 583 del Código General del Proceso.
- viii. Del inventario solemne de bienes propios de menores bajo patria potestad o mayores discapacitados, en caso de matrimonio, de declaración de unión marital de hecho o declaración de sociedad patrimonial de hecho de uno de los padres, así como de la declaración de inexistencia de bienes propios del menor o del mayor discapacitado cuando fuere el caso, de conformidad con lo establecido en los artículos 169 y 170 del Código Civil.
- ix. De la custodia del hijo menor o del mayor discapacitado y la regulación de visitas, de común acuerdo.
- x. De las declaraciones de constitución, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho, y de la existencia y cesación de efectos civiles de la unión marital de hecho, entre compañeros permanentes, de común acuerdo.
- xi. De la declaración de bienes de la sociedad patrimonial no declarada, ni liquidada que ingresan a la sociedad conyugal.
- xii. De la cancelación de hipotecas en mayor extensión, en los casos de subrogación.
- xiii. De la solicitud de copias sustitutivas de las primeras copias que prestan mérito ejecutivo.
- xiv. De las correcciones de errores en los registros civiles.
- xv. De la cancelación y sustitución voluntaria del patrimonio de familia inembargable.

En todos los casos anteriores, existe norma expresa que señala que: “Cuando en estos asuntos surjan controversias o existan oposiciones, el trámite se remitirá al juez competente”³⁷.

Frente a las funciones de los notarios, la Corte Constitucional manifestó que:

Con miras a diferenciar la función jurisdiccional de la fedataria asignada a los notarios, ha aplicado criterios como: (i) la potestad decisoria y de adjudicación de derechos, propia de los jueces, no así de los notarios; (ii) el carácter contencioso, o de jurisdicción voluntaria, de la materia que

³⁷ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Op. cit. Artículo 617.

origina la actuación; (iii) y la naturaleza coercitiva del procedimiento judicial, a diferencia del notarial regido por la autonomía de la voluntad.

(...)

Esta función de dar fe es además claramente de interés general por cuanto establece una presunción de veracidad sobre los documentos y los hechos certificados por el notario, con lo cual permite un mejor desarrollo de la cooperación social entre las personas, en la medida en que incrementa la seguridad jurídica en el desenvolvimiento de los contratos y de las distintas actividades sociales. Algunos sectores de la doctrina consideran incluso que la función notarial es una suerte de administración de justicia preventiva, ya que la autenticidad de los documentos y la presunción de veracidad sobre los hechos evita numerosos litigios que podrían surgir en caso de que hubiese incertidumbre sobre tales aspectos. El notario ejerce entonces una actividad complementaria a la del juez, ya que el primero previene los litigios que el segundo debería resolver. El documento notarial aparece así, para ciertos doctrinantes, como la “prueba antilitigiosa por excelencia”, por lo cual consideran que “el número de sentencias ha de estar en razón inversa del número de escrituras; teóricamente, notaría abierta, juzgado cerrado”. En síntesis, en palabras de Carnelutti, “cuanto más notario, menos juez; cuanto más consejos del notario, cuanta más cultura del notario, cuanto más conciencia del notario, tanta menos posibilidades de litis³⁸.”

A pesar de eso, frente al caso particular de la partición en vida, la Corte Constitucional sostuvo que:

Es importante resaltar, que, en la partición del patrimonio en vida, el notario no ejerce una función de control de legalidad, sustancial y notarial ya que el primer acto de control de parte del mismo es la existencia de licencia judicial, previo trámite de jurisdicción voluntaria, en la que se haya demostrado que el negocio o acto jurídico de partición, no desconoce las asignaciones forzosas los derechos de terceros y gananciales³⁹.

Pero ¿Acaso ese control al que se refiere la Corte no lo hace el notario cuando adelanta una sucesión intestada o testada? Ese trato diferencial de la partición del patrimonio en vida frente a otros asuntos que son de naturaleza similar y que competen al notario siembra serias dudas sobre la necesidad de que, ante la jurisdicción voluntaria, deba solicitarse la licencia judicial.

³⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-683 del 10 de septiembre de 2014. Op. cit.

³⁹ *Ibíd.*

Precisamente, la esencia de la jurisdicción voluntaria es un tema que no ha sido pacífico en la doctrina, pues se han expuesto multitud de opiniones que se pueden agrupar, según Juan Ramón Liébana Ortiz en su obra *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*, en tres grandes grupos.⁴⁰

El primero de ellos concibe a la jurisdicción voluntaria como actividad jurisdiccional, es decir, mantiene su naturaleza jurisdiccional. Esta corriente a su vez presenta dos vertientes, de un lado quienes sostienen que la jurisdicción voluntaria es una actividad dirigida a prevenir la confrontación judicial contenciosa por cuanto previene un conflicto en potencia al procurar una actuación que permita el cumplimiento de un negocio, en otras palabras, el fin de la jurisdicción voluntaria es la prevención de la litis⁴¹. Y, de otro, para quienes ésta es una actividad jurisdiccional dirigida a satisfacer un interés privado insatisfecho comprobando a su vez la satisfacción de los requisitos indispensables *ex lege* para que puedan producirse válidamente los efectos jurídicos previstos en la ley⁴².

El segundo grupo, mayoritario entre la doctrina, sostiene el carácter administrativo de la jurisdicción voluntaria, dentro del cual se ubican, a su vez, tres vertientes: una que sostiene que la jurisdicción voluntaria es una actividad administrativa *stricto sensu*, fundamentada en la afirmación de que es la cosa juzgada la piedra de toque del acto jurisdiccional y que los procedimientos de la jurisdicción voluntaria no son idóneos para justificar tal efecto en sus decisiones, pues estos procedimientos se limitan a una tarea de simple verificación externa, unilateral y formal, posición que se sintetiza en que aunque la jurisdicción voluntaria tiene ciertos elementos formales propios de la jurisdicción, sus pronunciamientos pertenecen a la actividad administrativa por no producir efectos de cosa juzgada.

Para la segunda de las vertientes, la jurisdicción voluntaria es una actividad sustancialmente administrativa y formalmente judicial, por cuanto carece de efectos de cosa juzgada que la deslindan del carácter jurisdiccional y se autorizan, homologan o documentan las relaciones jurídico-privadas⁴³. Y por

⁴⁰ LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón. *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*. Madrid: Iustel. 2012, pp. 55-71.

⁴¹ Esta posición la asumen autores como Francesco Carnelutti, Goldshmidt y Álvarez-Castellanos Rael.

⁴² En esta corriente se agrupan, con sus matices, autores como Satta, Punzi, Podetti, Devis Echandía y De La Oliva Santos y Díez-Picazo G., aunque no lo afirme expresamente.

⁴³ Esto lo sostienen grandes autores del derecho procesal como Wach, Rocco, Chiovenda, Serra Domínguez, Redenti, entre otros.

último, son parte de este grupo los autores que entienden a la jurisdicción voluntaria como la “administración pública del derecho privado”, sostienen para ello que se trata de una actividad rogada, de asistencia y control que comprende aquellas actividades en las que el Estado interviene para integrar la capacidad deficiente de los particulares, teniendo por finalidad la satisfacción de sus intereses jurídico-privados para a su vez, proteger intereses de carácter público, como la certeza de las relaciones jurídicas, la verificación de las condiciones exigidas legalmente y la tutela de las personas⁴⁴.

Finalmente, para el tercer grupo, la jurisdicción voluntaria es una función especial del Estado, en tanto no se puede encuadrar sistemáticamente ni dentro de la jurisdicción ni dentro de la administración, ya sea porque la misma ocupa una posición intermedia innominada entre la actividad administrativa y la judicial porque la jurisdicción en comento no se encuadra dentro de las características generales de estos dos escenarios, o porque esa actividad intermedia es una función cautelar, que por cierto debería asumirse por los notarios como funciones preventivas.

En todo caso, las posiciones adoptadas se definen a partir de la concepción que se tiene de la jurisdicción y de la actividad administrativa, pues son estos conceptos los que permiten delimitar la naturaleza jurídica de dicha institución.

Para Liébana Ortiz, no se puede sostener que la jurisdicción voluntaria se inserta dentro de la función jurisdiccional, por las siguientes razones:

- a. Se afirma por algún sector⁴⁵ que, la jurisdicción voluntaria se dirige a prevenir una litis o conflicto en potencia que de otro modo tendría que ser reprimido mediante la acción de la jurisdicción contenciosa. Sobre esto debe advertirse que existen casos en esta jurisdicción en los que la litis o el conflicto no existe, además, existen al menos tres motivos prácticos que rechazan la posición asumida por la doctrina: a) el procedimiento de jurisdicción voluntaria antes que una finalidad preventiva, busca tutelar concretos derechos privados, sumado a que su función preventiva

⁴⁴ Aquí se ubican dos grandes autores como lo son Calamandrei y Guasp, quienes aun cuando coinciden en el entendimiento de la jurisdicción voluntaria como la administración pública del derecho privado, justifican tal conclusión en distinta forma, el primero afirma que esta jurisdicción tiene por finalidad la satisfacción de intereses privados, para lo cual interviene la autoridad judicial que se encarga de modificar o constituir esos intereses; para Guasp, la justificación se basa en dos elementos, la presencia de un órgano jurisdiccional y la existencia de un objeto jurídico privado sobre el cual se verifica.

⁴⁵ En este se ubican los autores Carnelutti y Goldshmidt.

lo confunde con el proceso cautelar; b) sería posible entonces revisar el resultado de todo proceso a partir del planteamiento de prevención de la litis⁴⁶, y; c) es repudiado por la doctrina el argumento de que en ésta el juez resolvería por anticipado y con carácter vinculante los extremos dudosos de una relación jurídica⁴⁷.

- b. Para otros doctrinantes, como Wach y Chiovenda, la jurisdicción voluntaria crea nuevos estados o relaciones jurídicas, mientras que la jurisdicción contenciosa tiene por fin el restablecimiento de las lesionadas, argumento que se rechaza porque tanto en la jurisdicción contenciosa como la voluntaria, existe una finalidad constitutiva, y en la voluntaria también es posible que contenga una finalidad diversa a la constitutiva, como lo sería en el caso de las informaciones de perpetua memoria que son de carácter documental⁴⁸.
- c. Frente a lo que se ha sostenido por otro sector acerca de que la jurisdicción voluntaria es función jurisdiccional porque su conocimiento está atribuido al juez, quien actúa de forma independiente e imparcial, el autor plantea serias críticas porque, como expresamente lo manifiesta, no puede sostenerse que ese criterio formal determine por sí solo la naturaleza jurídica del proceso o la función jurisdiccional, pues para que esta exista se requiere de otras características: el ejercicio de una pretensión procesal y el efecto de cosa juzgada material⁴⁹.
- d. Una cuarta posición respecto de la que el autor plantea algunos reparos, se fundamenta en una sentencia del Tribunal Supremo de España, donde se afirma que esta institución “supone un ejercicio de la potestad jurisdiccional en sentido amplio”. Esto en primer lugar, conduce a reducir toda diferencia entre la jurisdicción contenciosa y voluntaria, y segundo, no es posible afirmar que el núcleo esencial de la jurisdicción voluntaria sea la de dirimir conflictos por cuanto en estos procedimientos generalmente no existen posiciones contrapuestas⁵⁰.

⁴⁶ Supuesto que resulta bastante discutible, porque precisamente, si se trata de una “prevención de la litis” cae de su peso la revisión de una decisión ya proferida en sede contenciosa, por cuanto la misma función de prevención supone que ésta es anterior a la intervención de la jurisdicción contenciosa.

⁴⁷ LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón. Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria. Op. cit., pp. 136-137.

⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 137-138.

⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 138-140.

⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 140-147.

De manera que, no existe justificación para imponer como requisito la licencia judicial previa, máxime que la partición en vida es susceptible de rescindir, oportunidad que legitima los que tienen interés para probar la lesión o desconocimiento de sus derechos. Es decir, la licencia judicial deviene innecesaria por tres grandes motivos: el primero es que el control de legalidad que hace el juez dentro del proceso es el mismo que hace el notario en otro tipo de actos como las sucesiones intestadas, testadas o mixtas; el segundo es la inexistencia de cosa juzgada frente al otorgamiento de la licencia precisamente por tratarse de un proceso adelantado ante la jurisdicción voluntaria, en atención a la opinión mayoritaria de la doctrina, y; el tercero es el desgaste y derroche de actividad jurisdiccional que viene a congestionar la labor del juez de familia al imponerle el adelantamiento de un proceso cuya competencia puede fácilmente trasladarse a los notarios, obteniendo con eso una mayor celeridad del trámite y una desjudicialización del procedimiento de partición.

6. LA PARTICIÓN EN VIDA Y LA GANANCIA OCASIONAL

La partición del patrimonio en vida es un acto unilateral que es revocable por quien lo realiza hasta tanto los bienes permanezcan bajo su dominio, es decir hasta antes de que se efectúe la tradición y transferencia de los bienes a los asignatarios. En este orden de ideas, la partición del patrimonio en vida es el título y el modo es la tradición.

Entonces, dado el título gratuito de este acto jurídico, aplica lo pertinente de la ganancia ocasional. En efecto, el artículo 302 del Estatuto Tributario, establece que: “Se consideran ganancias ocasionales para los contribuyentes sometidos a este impuesto, las provenientes de herencias, legados, donaciones, o cualquier otro acto jurídico celebrado inter vivos a título gratuito, y lo percibido como porción conyugal”.

Y el artículo 303 del mismo Estatuto se refiere al valor de los bienes y derechos, así:

Art. 303. Cómo se determina su valor. El valor de los bienes y derechos que se tendrá en cuenta para efectos de determinar la base gravable del impuesto a las ganancias ocasionales a las que se refiere el artículo 302 de este Estatuto será el valor que tengan dichos bienes y derechos a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación de la sucesión o del perfeccionamiento del acto de donación o del acto jurídico inter vivos celebrado a título gratuito, según el caso. En el caso de los bienes

y derechos que se relacionan a continuación, el valor se determinará de conformidad con las siguientes reglas:

(...)

11. El valor del derecho de usufructo temporal se determinará en proporción al valor total de los bienes entregados en usufructo, establecido de acuerdo con las disposiciones consagradas en este artículo, a razón de un 5% de dicho valor por cada año de duración del usufructo, sin exceder del 70% del total del valor del bien. El valor del derecho de usufructo vitalicio será igual al 70% del valor total de los bienes entregados en usufructo, determinado de acuerdo con las disposiciones consagradas en este artículo. El valor del derecho de nuda propiedad será la diferencia entre el valor del derecho de usufructo y el valor total de los bienes, determinado de acuerdo con las disposiciones consagradas en este artículo. Par. 1. En el caso de las rentas y pagos periódicos a los que se refiere el numeral 11 del presente artículo, el impuesto a las ganancias ocasionales se causará el último día del año o periodo gravable en el que dichas rentas sean exigibles por parte del contribuyente.

Par 2. En el caso del derecho de usufructo temporal al que se refiere el numeral 12 del presente artículo, el impuesto a las ganancias ocasionales se causará el último día del año o periodo gravable, sobre el 5% del valor del bien entregado en usufructo, de acuerdo con lo consagrado en el mencionado numeral.

Par. 3. No se generarán ganancias ocasionales con ocasión de la consolidación del usufructo en el nudo propietario.

Par. 4. El valor de los bienes y derechos que el causante, donante o transferente, según el caso haya adquirido durante el mismo año o periodo gravable en el que se liquida la sucesión o se perfecciona el acto de donación o el acto jurídico inter vivos celebrado a título gratuito, según el caso, será su valor de adquisición⁵¹.

De modo que, mientras el interesado se reserve el usufructo, el adjudicatario no tiene ninguna obligación tributaria, debiendo el interesado seguir cumpliendo todas las obligaciones de esa naturaleza hasta el día en que se extinga el usufructo, momento en el cual, el adjudicatario debe pagar la ganancia ocasional por lo recibido a título de partición del patrimonio en vida, al año siguiente.

⁵¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 624 del 30 de marzo de 1989 *Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales*. Artículo 303.

CONCLUSIONES

La partición del patrimonio en vida consagrada en el artículo 1375 del Código Civil vino a ser regulada procesalmente mediante el artículo 487 del Código General del Proceso y reglamentada mediante el Decreto 1664 del 20 de agosto de 2015, teniendo que este instituto posibilita que una persona transfiera en todo o en parte su patrimonio de manera irrevocable en vida, debiendo respetar las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales.

Para tal fin, el Código General del Proceso dispuso que primero debía expedirse una licencia judicial por parte del juez de familia por conducto de un proceso de jurisdicción voluntaria, y posteriormente la partición del patrimonio se protocoliza ante el notario del domicilio del adjudicante.

Para tener por válida la partición, los asignatarios deben ser capaces y dignos en los términos del artículo 1018 del Código Civil, y deben existir naturalmente al momento de la partición según el artículo 1019 del mismo Código, salvo las excepciones contempladas en el mismo artículo.

Sabiendo que en la partición se deben tener en cuenta las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales, cuando una persona considere defraudado su derecho con ocasión de este procedimiento, tiene dos opciones: participar en el proceso judicial para el otorgamiento de la licencia judicial o solicitar la rescisión de la partición, la cual es distinta a la lesión enorme, a la invocación del acervo imaginario y a la petición de herencia.

Respecto de la naturaleza de la partición del patrimonio en vida en Colombia, ha habido una confusión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual, en la Sentencia C-684 de 2014, consideró que la partición por acto entre vivos del artículo 1375 del Código Civil es distinta a la regulada por el artículo 487 del Código General del Proceso, al entender que la primera sirve para “la división de los coasignatarios de una cosa universal o singular” con base en una malinterpretación de la doctrina de Fernando Vélez.

Partiendo de esa malinterpretación de la que se habla, se ha dicho que la partición del artículo 1375 del Código Civil implica la existencia previa de una donación o la confusión misma de la partición con la donación propiamente dicha, pero ello no es de recibo, entre otras cosas, porque la donación implica la transmisión gratuita de uno o más bienes a una o varias personas, es decir, que la cantidad y la porción a donar pueden ser decididos deliberadamente por el donador, no obstante, con la partición sucede que, en principio, el partidor debe ceder la totalidad de su patrimonio, y otra diferencia clara, es que en la

partición se deben respetar las asignaciones forzosas, las legítimas y la porción conyugal, mientras que en la donación, en principio, no.

En el mismo sentido, hay que aclarar que existen varias formas de trasladar el dominio de las cosas a título gratuito, que son: la donación de la que se ha hablado, la sucesión por causa de muerte, la fiducia civil y, precisamente, la partición del patrimonio en vida, sin que sea posible la confusión de las mismas, pues cada una tiene características y requisitos que las individualizan respecto de las demás.

En cuanto a la necesidad de la licencia judicial para la ejecución de la partición en vida, se tiene que la misma es un despropósito porque: 1) el control de legalidad que hace el juez dentro del proceso, es el mismo que hace el notario en otro tipo de actos como las sucesiones; 2) por tratarse de un proceso adelantado ante la jurisdicción voluntaria, conlleva a que la decisión allí proferida carezca de los efectos de la cosa juzgada, y; 3) esto implica un desgaste y un derroche de actividad jurisdiccional al darle la competencia a un juez de un procedimiento que fácilmente puede trasladarse a los notarios.

Finalmente, frente a las cargas tributarias de los bienes objeto de partición, se tiene que, de acuerdo con los artículos 302 y 303 del Estatuto Tributario, mientras el interesado se reserve el usufructo, el adjudicatario no tiene ninguna obligación en materia de impuestos, debiendo el interesado seguir cumpliendo todas las obligaciones de esa naturaleza hasta el día en que se extinga el usufructo, momento en el cual, el adjudicatario debe pagar la ganancia ocasional por lo recibido a título de partición del patrimonio en vida, al año siguiente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio. Ensayos sobre el Código General del Proceso. Volumen I. Bogotá D.C. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2015.

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo VI. Argentina: Editorial Eliasta S.R.L. 1994.

CARRIZOSA PARDO, Hernando. Sucesiones y Donaciones. 5ª Edición. Bogotá D.C.: Lerner. 1966.

ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Ley 57 del 15 de abril de 1887 o Código Civil.

LATORRE, Luis Felipe. *Procedimiento Civil Colombiano*. Bogotá: Librería Voluntad. 1948.

LIÉBANA ORTIZ, Juan Ramón. *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*. Madrid: Iustel. 2012.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho Civil. Parte Cuarta. Volumen IV. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1965.

REINO DE ESPAÑA. MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA. *Código Civil*. Boletín Oficial del Estado n°. 206 del 25 de julio de 1889.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Gaceta del Congreso* n°. 754 de 2011.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Gaceta del Congreso* n°. 114 de 2012.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-641 del 31 de mayo de 2000*. MP. Fabio Morón Díaz.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia C-683 del 10 de septiembre de 2014*. MP. Mauricio González Cuervo.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Sala Plena. Sentencia 122 del 03 de octubre de 1991*.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. *Concepto 2044 del 29 de diciembre de 2017*. En: <https://bit.ly/2llA1Ed>.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. *Decreto 624 del 30 de marzo de 1989 Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales*.

VÉLEZ, Fernando. *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. Tomo V*. París: Imprenta Paris-América. 1926.