



Bogotá, D.C. septiembre 14 de 2016

Presidente
TELESFORO PEDRAZA ORTEGA
Comisión Primera
Cámara de Representantes

REF: Informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley No. 066 de 2016 Cámara “Por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil”.

Respetado Presidente:

En cumplimiento a la designación hecha por la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional de la Cámara, por medio de la presente rindo informe de ponencia para primer debate del proyecto de ley No. 066 de 2016 Cámara “*Por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil*”, con el fin de que se ponga a consideración para discusión de la Honorable Cámara de Representantes.

Cordialmente,



INFORMACIÓN & SOLUCIONES
RODRIGO LARA RESTREPO
Representante a la Cámara

TRÁMITE DE LA INICIATIVA

El 4 de agosto de 2016 se radicó en la Secretaría General de la Cámara, el proyecto de ley número 066 de 2016 Cámara, “*Por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil*”, a iniciativa de los congresistas, H.R. Rodrigo Lara Restrepo, H.R. Carlos Abraham Jiménez López, H.R. José Ignacio Mesa Betancur, H.R. Jorge Enrique Rozo Rodríguez.

La iniciativa fue publicada en la Gaceta No. 602 de 2016 y fue remitido a la Comisión Primera para su estudio, pues de conformidad con la Ley 3ª de 1992, la clase de asuntos que pretende regular este proyecto de ley son conocidos por esta célula administrativa.

Por designación de la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional de la Cámara, del 5 de septiembre de 2016, fue nombrado como ponente el representante Rodrigo Lara Restrepo.

OBJETO DEL PROYECTO DE LEY

Este proyecto de ley propone ampliar la libertad que dispone el causante para testar, mediante la reducción de las legítimas a una cuarta parte de la masa sucesoral y la eliminación de la cuarta parte de mejoras, para ello, se modifican diecinueve artículos del Código Civil. Lo anterior, con la finalidad de permitir la libre disposición de las tres cuartas partes de los bienes, sin afectar las asignaciones forzosas, como son la porción conyugal y los alimentos que se deben por ley.

Igualmente, se consagra una excepción a las asignaciones que se establecen para el testamento, para los casos de pequeña propiedad rural, con el fin de evitar la fragmentación excesiva de las tierras en microfundios, en virtud de lo cual quedan eximidas del régimen de legítimas, las sucesiones testadas de predios rurales cuya extensión sea inferior o equivalente a cuatro (4) Unidades Agrícolas Familiares (UAF)¹, que tendrán la posibilidad de testar libremente sin perjuicio de las asignaciones forzosas.

¹ El artículo 38 de la Ley 160 de 1994 señaló que “*se entiende por Unidad Agrícola Familiar (UAF), la empresa básica de producción agrícola, pecuaria, acuícola o forestal cuya extensión, conforme a las condiciones agroecológicas de la zona y con tecnología adecuada, permite a la familia remunerar su trabajo y disponer de un excedente capitalizable que coadyuve a la formación de su patrimonio (...)*”.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES
JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO

Nuestra ley de sucesión proviene del Código Civil francés de 1804. Se trata de una legislación heredada que responde a motivaciones propias de la coyuntura histórica de la Francia revolucionaria, donde se requería usar la sucesión de la familia tradicional como instrumento de división y fragmentación de la tierra, base y sustento del poder aristocrático en el antiguo régimen². Semejante orden de justificación no sólo no se congracia con las necesidades de la sociedad actual colombiana sino que, como veremos, puede resultar lesivo en términos económicos, sociales y medioambientales.

Así las cosas, existen dos limitaciones económicas de restricciones a la libertad de testamento. En primer lugar, la obligatoriedad en la distribución de la riqueza entre los hijos implica una ineficiente asignación de los recursos, lo cual reduce el bienestar social y la riqueza de la sociedad en general, pues implica el fraccionamiento de los activos de la familia e impide la obtención de mejores resultados económicos. En segundo lugar, la obligación en la distribución de la herencia le impone a la sociedad un costo de oportunidad en términos de no sacar el mayor provecho de sus recursos.

1) La libertad de testamento y el desarrollo rural

A. La tierra en Colombia: informalidad y derechos de propiedad

En Colombia existen alrededor de 22 millones de hectáreas aptas para el uso agrícola, de las cuales únicamente se emplea el 24%. El total del área se encuentra concentrada en propiedades de tamaño grande (52%), mientras que los microfundios, que representan el 80% de los predios, únicamente tienen una participación del 10% (Cuadro 1).

Cuadro 1: Distribución de la propiedad

Propiedad	Número de predios	Participación (%)	Área (Hectáreas)	Participación (%)
Microfundio	2,596,247	80%	7,613,146	10%
Pequeña	440,532	14%	13,896,048	19%
Mediana	161,015	5%	13,209,105	18%
Grande	27,691	1%	37,925,233	52%
Total	3,225,485	100%	72,643,532	100%

² Weber, Max. (1922). Economía y sociedad.

Fuente: Leibovich, Botello, Estada & Vásquez, (2013)³. Proyecto de tierras

Del total de propiedades, cerca de un 45% son informales de acuerdo con el informe presentado por la OCDE⁴. Este fenómeno se acentúa en los hogares rurales más pobres, pues en el primer quintil de ingreso, la informalidad es mayor al promedio nacional, mientras en el quintil de mayores ingresos asciende a 11%. Particularmente, las áreas con mayor informalidad se encuentran en municipios ubicados en regiones recientemente colonizadas y con baja presencia institucional (Ibáñez, Gáfaró, & Zarruk, 2012)⁵.

En la literatura económica se han identificado varios determinantes de la informalidad en los derechos de propiedad rural, dentro de ellos se encuentra la debilidad institucional, conflictos en el uso de la tierra, altos costos de transacción y regulaciones inadecuadas (PNUD, 2011)⁶. Asimismo, varios hechos han potenciado este fenómeno, por ejemplo Ibáñez, Velásquez, & Helo, (2008)⁷ señalan algunos: i) la expansión de la frontera agrícola, en especial la ocupación de baldíos; ii) la existencia de un catastro rural que se encuentra desactualizado y serias limitaciones en la articulación con las entidades subnacionales y iii) la presencia de cultivos ilícitos en la zonas de la frontera agrícola.

De otra parte, Ibáñez, Gáfaró, & Zarruk, (2012) explican que existen altos costos de transacción en la obtención de títulos de propiedad dado que estos son dispendiosos de obtener, tanto en términos monetarios y de tiempo. Igualmente, para que los títulos de propiedad puedan tener efectos positivos sobre el desarrollo rural es necesario contar con una institucionalidad que respete esos derechos y los proteja de actores armados ilegales. Por ejemplo, en la Encuesta Longitudinal de la Universidad de los Andes (ELCA⁸) al preguntársele a los hogares cuales son los principales limitantes para la formalización de la tierra señalan los altos costos del proceso (45.6%) y la poca relevancia de los títulos de propiedad (27.7%).

³ Leibovich, J., Botello, S., Estrada, L., & Vásquez, H. (2013). Vinculación de los pequeños productores al desarrollo de la agricultura. En J. Perfetti, Á. Balcázar, A. Hernández, & J. Leibovich, Políticas para el desarrollo de la agricultura en Colombia. Fedesarrollo.

⁴ OCDE. (2015). Revisión de la OCDE de las Políticas Agrícolas: Colombia 2015.

⁵ Ibáñez, A., Gáfaró, M., & Zarruk, D. (2012). Equidad y eficiencia rural en Colombia: una discusión de políticas para el acceso a la tierra. Documentos CEDE.

⁶ PNUD. (2011). Colombia rural: razones para la esperanza. Informe de Desarrollo Humano, PNUD.

⁷ Ibáñez, A., Velásquez, A., & Helo, J. (2008). La informalidad de los mercados de tierras en Colombia. Informe final presentado a Midas.

⁸ ELCA. (2014). Colombia en Movimiento 2010-2013. Universidad de los Andes.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

El hecho de no contar con derechos de propiedad claros tiene implicaciones sobre los niveles de bienestar y de generación de ingresos. Al comparar los hogares con derechos de propiedad con los que no cuentan se encuentra que: i) los hogares sin derechos de propiedad quedan excluidos de los programas de crédito rurales y a una parte importante de los apoyos del Estado; ii) son objeto de despojo, pues de acuerdo con datos de la Encuesta de la Comisión de Seguimiento de la población desplazada el 33% de las familias desplazadas no tenía ningún papel que los acreditara como propietarios del predio; iii) los hogares rurales en situación de informalidad toman decisiones de inversión de bajo rendimiento; iv) los hogares sin derechos de propiedad tienen restricciones en las posibilidades de movilidad al no poder participar en el mercado de tierras; y v) los hogares con propiedad formal son menos vulnerables a los choques climáticos y menos dependientes de la inestabilidad del mercado laboral (PNUD, 2011).

En este orden de ideas, el estado actual de la ley sucesoral no favorece la formalización de la propiedad rural porque genera mayores costos de transacción al tener que coordinar y poner de acuerdo a un mayor número de herederos que deben tener a mano los recursos requeridos para llevar los trámites de manera adecuada y legal, a fin de recibir una propiedad con títulos en regla. Por el contrario, al evitar una mayor división del microfundio, los costos se hacen menores en tiempo y dinero y los trámites hacia la formalización se pueden surtir de manera más eficaz, lo que aparece como una ventaja de la presente propuesta.

B. Pequeños propietarios y fraccionamiento de la propiedad

Los pequeños propietarios son la piedra angular del sector rural. A pesar de contar con muy poca participación en el total de la tierra (10%), representan el 80% del total de predios, una parte importante de la población rural, responden entre el 50% y 68% de la producción agrícola, la cual provee de alimentos los centros urbanos, con lo cual son responsables del 35% del consumo de los hogares. Los pequeños productores corresponden a aquellos que se encuentran en un microfundio y tienen propiedades con menos de media UAF. En particular, en los departamentos de Antioquia, Boyacá, Cauca, Cundinamarca, Nariño y Santander se ubican la mayor parte de los microfundios, pues allí se ubica el 71% de estos (Leibovich, Botello, Estada & Vásquez, 2013).

Ahora bien, los microfundios presentan características distintivas. En primer lugar, son mucho más productivos. El valor del rendimiento por hectárea de los microfundios es ampliamente superior a los resultados obtenidos por la gran propiedad, así la productividad de los microfundios es 40 veces superior a la de las grandes propiedades, 28 y 6 veces que el rendimiento de las propiedades medianas y pequeñas respectivamente (Cuadro 2). Este resultado



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

se explica por un mayor uso intensivo de la tierra por parte de los microfundios pues estos deben realizar un mayor aprovechamiento de la escasa tierra con la que cuentan.

Cuadro 2: Rendimiento e Ingreso según tamaño de la propiedad

Tamaño	Valor del rendimiento por hectárea utilizada	Ingreso promedio	Ingreso per cápita
Microfundio	9,832,739	1,473,489	447,462
Pequeña	1,728,684	3,192,085	949,127
Mediana	350,567	7,968,219	2,519,923
Grande	245,476	19,350,665	6,694,716

Fuente: Leibovich, Botello, Estrada, & Vásquez, (2013). Línea Base AIS.

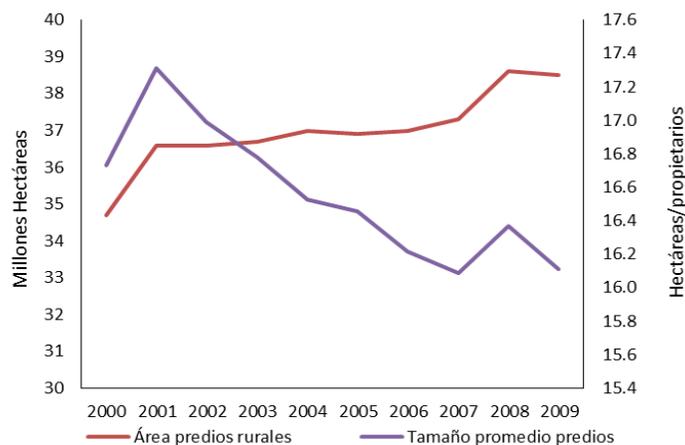
No obstante, al revisar el ingreso promedio y per cápita, se observa una relación directa entre la generación de ingresos y el tamaño de la propiedad. En el caso del café, por ejemplo más de 250 mil productores cuentan con un área sembrada menor a 3 hectáreas. Si se toman en consideración los ingresos de un productor con una finca con estas características da como resultado un ingreso de 21 millones anuales⁹. Este ingreso, descontando los costos, da como resultado que un cafetero no alcanza a obtener un salario mínimo como promedio. Sarmiento (2013¹⁰) señala que en promedio un caficultor percibe un ingreso mensual de 326 mil pesos, que tan solo representa el 56% del SMLV. A causa de esto, cerca de 374 mil cafeteros, principalmente pequeños, se encuentran en las categorías de Sisben I y II. Esto se puede explicar en la restricción del tamaño de la propiedad, que no pueden generar los suficientes ingresos.

Ahora bien, al analizar la evolución de la pequeña propiedad se observa que crece mucho más el número de predios y poco el área cultivable. En tanto, la mediana propiedad fue la que menos creció en predios y número de propietarios, pero su incremento en área fue muy significativo. Por ejemplo, al tomar los años de la última década, el promedio de la propiedad rural ha presentado una tendencia decreciente, mientras que el total de tierra cultivable ha permanecido casi constante (Gráfico 2). Así, al disminuir la tierra cultivable por persona, entonces quiere indicar que un mayor número de personas se divide un mismo monto de tierra, por lo cual se puede afirmar, que se ha presentado un proceso de fragmentación de la pequeña propiedad.

Gráfico 2: Hectáreas de predios rurales y tamaño promedio de la propiedad rural

⁹ Con una productividad media un productor de una finca menor a tres hectáreas tendría una producción anual de 30 cargas, que valoradas a un precio promedio de 700 mil pesos, da como resultado un ingresos de 21 millones.

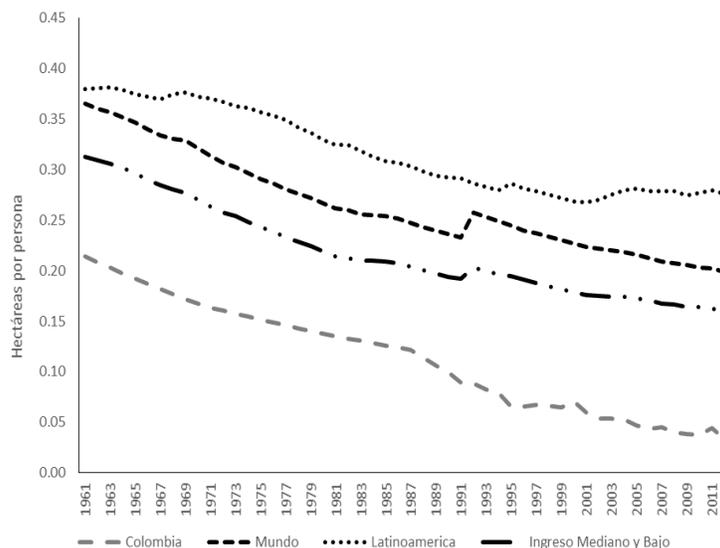
¹⁰ Sarmiento Gómez, A. (2013). Educación, calificación y formalización de la mano de obra en el sector cafetero. Misión Estudios Competitividad Caficultura en Colombia.



Fuente: IGAC, Atlas de propiedad rural.

El continuo fraccionamiento no es un fenómeno reciente, sino que al contrario se ha presentado a lo largo del siglo XX, pues el promedio de hectáreas cultivables por persona ha decrecido en 84% entre 1960 y 2012, mientras que en el mundo y Latinoamérica esa disminución fue de 46% y 27% respectivamente (Gráfico 3). Por ejemplo, la economía cafetera, que ha sido el soporte de la económica nacional por muchos años, ha observado una constante reducción en el área promedio de cada propietario.

Gráfico 3: Tierras cultivables (hectáreas por persona)



Fuente: Banco Mundial. Elaboración Propia.

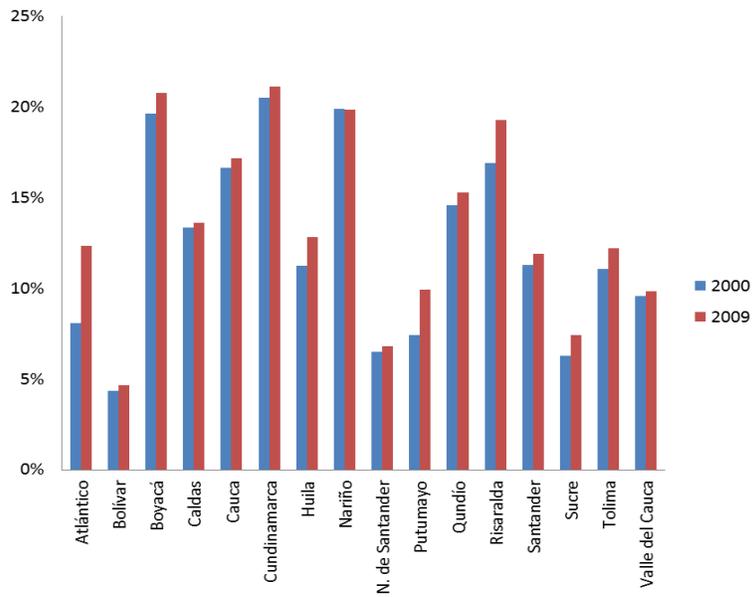
Esta tendencia en el continuo fraccionamiento de la tierra se observa en los diferentes departamentos del país, en donde en su gran mayoría tanto el microfundio¹¹ como el minifundio¹² han presentado un incremento en la última década, así, al observar el porcentaje en el total de propiedades rurales del país, los minifundios y microfundios se han incrementado entre 1 y 4 puntos porcentuales (Gráfico 4 y Gráfico 5).

Sin pérdida de generalidad, en casi el total de departamentos el número de propiedades entre tres y diez hectáreas se incrementó, en particular en departamentos como Atlántico, Putumayo, Risaralda o Huila. Por su parte, los departamentos con el mayor número de minifundios corresponden a Cundinamarca (21%), Boyacá (21%), Nariño (20%) y Risaralda (19%). En lo que respecta al microfundio, su participación en el total de predios también se ha incrementado, siendo los departamento de Boyacá (18%), Nariño (17%), Cundinamarca (15%) y Cauca (10%) con el mayor porcentaje de microfundios.

¹¹ De acuerdo con la clasificación hecha por el IGAC en el Atlas de propiedad rural del año 2001, la categoría de microfundio corresponde a los predios menores de 3 hectáreas.

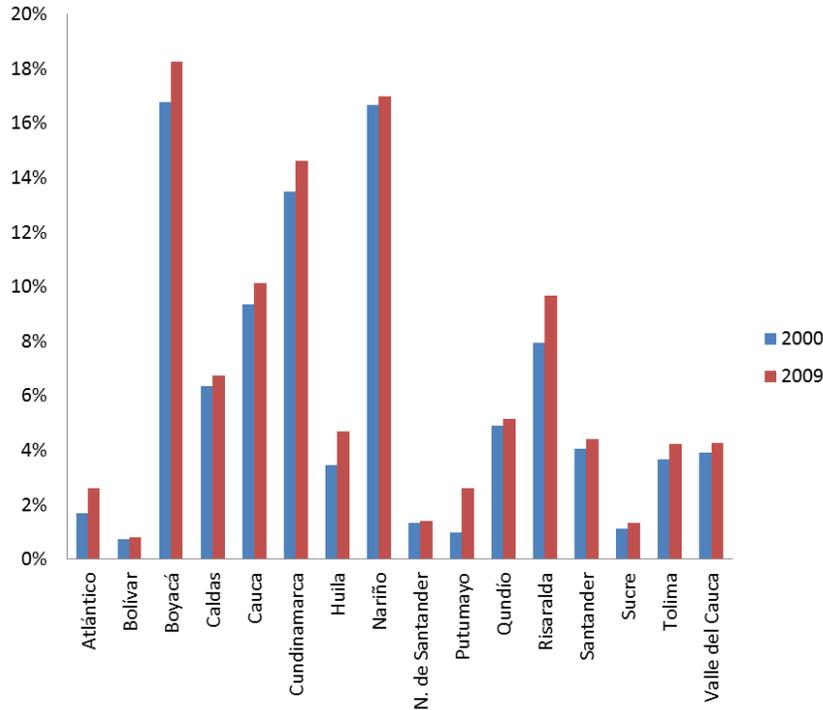
¹² La categoría definida por el IGAC como minifundio corresponde a los predios entre 3 y 10 hectáreas.

Gráfico 4: Porcentaje de minifundios del total de propiedades rurales



Fuente: IGAC, Atlas de propiedad rural.

Gráfico 5: Porcentaje de microfundios del total de propiedades rurales

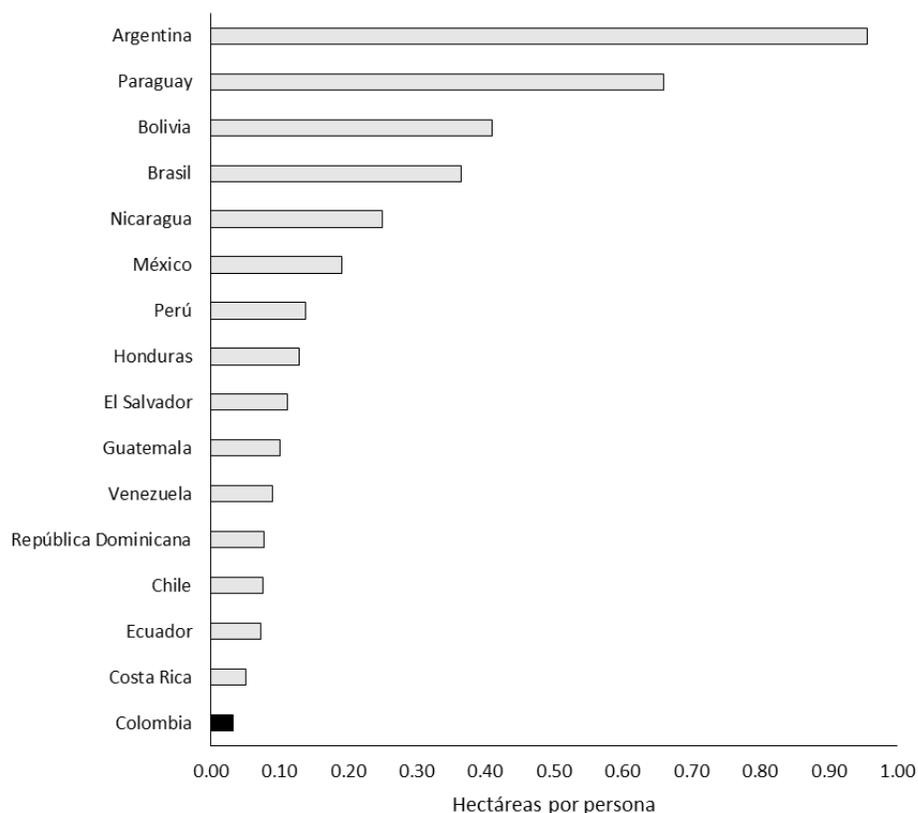


Fuente: IGAC, Atlas de propiedad rural.

Al revisar los datos de otros países, Colombia presenta un excesivo fraccionamiento de la tierra en comparación con Latinoamérica, los países de ingresos mediano y bajo y, en general, con el mundo. Esto tomando en consideración que Colombia presenta un menor número de hectáreas cultivables por persona¹³ (Gráfico 3). Al comparar con los demás países de Latinoamérica, en 2012 Colombia es el país con el menor número de hectáreas por persona (0,03 hectáreas por persona) (Gráfico 6). El país se encuentra por debajo de países que han presentado una importante dinámica en su sector rural y que han aprovechado los acuerdos de libre comercio para incrementar sus exportaciones agrícolas, siendo el caso de Perú y de Chile. Igualmente, se encuentra por debajo de países como Argentina o Brasil que tienen importantes industrias en la producción de alimentos.

Gráfico 6: Tierras cultivables en Latinoamérica (hectáreas por persona)

¹³ Definición Banco Mundial: “La tierra cultivable (en hectáreas por persona) incluye aquellos terrenos definidos por la FAO como afectados a cultivos temporales (las zonas de doble cosecha se cuentan una sola vez), los prados temporales para segar o para pasto, las tierras cultivadas como huertos comerciales o domésticos, y las tierras temporalmente en barbecho. Se excluyen las tierras abandonadas a causa del cultivo migratorio.”

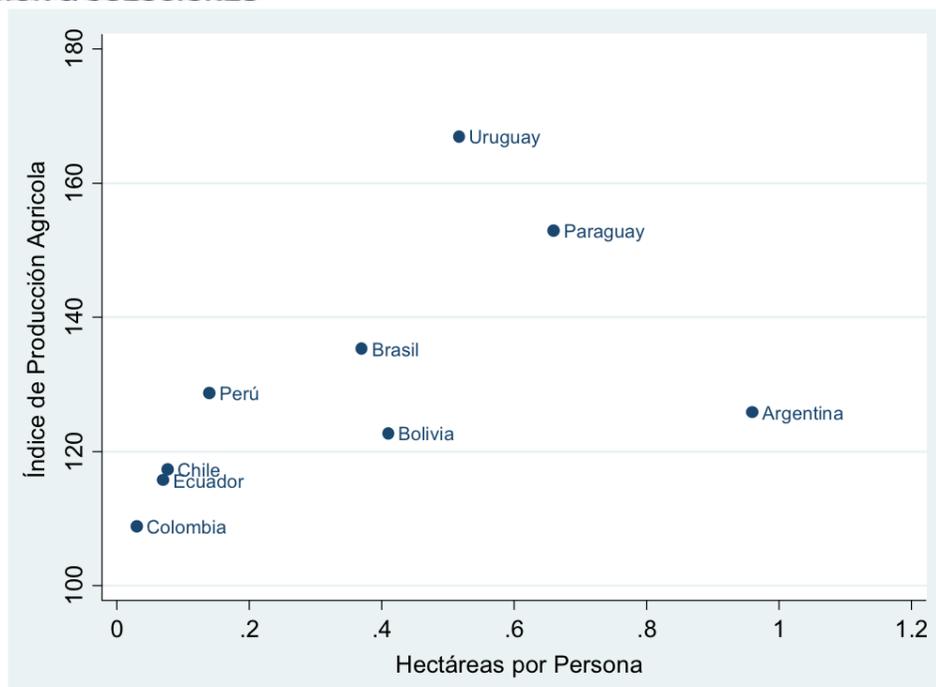


Fuente: Banco Mundial. Elaboración Propia.

Esto crea importantes desventajas en términos de las oportunidades de Colombia para competir en los mercados internacionales y con las importaciones, esto en circunstancias en donde el país se ha dado cuenta que debe diversificar su canasta exportadora y no puede depender exclusivamente de los productos minerales. Esto se refleja en que el índice de producción agrícola para los países de Suramérica presenta una correlación positiva el número de hectáreas por persona (Gráfico 7).

Gráfico 7: Relación entre el índice de producción agropecuaria y las hectáreas por persona¹⁴

¹⁴ Los datos del índice de producción agrícola corresponden al año 2011, mientras los de tierras cultivables por persona al 2012.

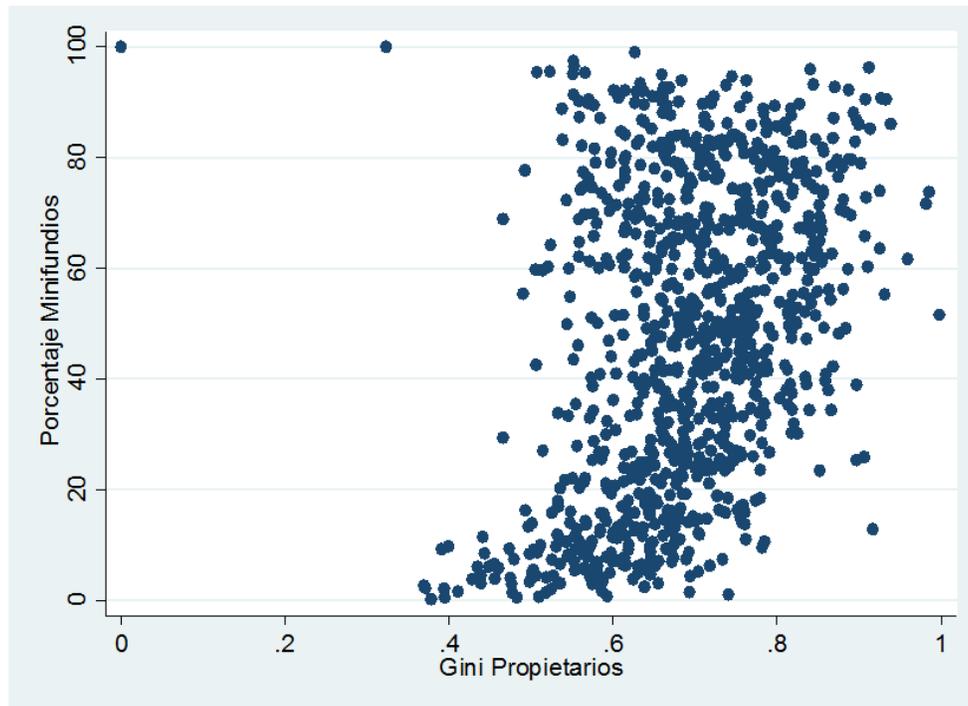


Fuente: Banco Mundial. Elaboración Propia.

En el reciente informe de revisión de las políticas agrícolas de la OCDE se puso de presente la dualidad del sector rural, en el cual cohabitan unos pocos propietarios con grandes extensiones de tierra con un número elevado de campesinos con pequeñas propiedades. Al respecto, señaló la OCDE que la desigualdad persistente se ha presentado debido a factores que limitan el acceso a la tierra de los pequeños productores, la constante acumulación de grandes extensiones de terrenos para actividades no productivas y el complejo sistema de tenencia de la tierra, que da como resultado poca claridad en los derechos de propiedad. Esta situación implica que la distribución de la tierra sea más desigual en los municipios colombianos, por la mayor proporción de microfundios, entendidos como predios que cuentan con una extensión de menos de tres hectáreas (Gráfico 8).

Gráfico 8: Porcentaje de Microfundios y Gini de Propietarios¹⁵

¹⁵ La proporción de microfundios a nivel municipal se construyó para 2012 utilizando los datos del Atlas de Propiedad Rural del IGAC, y el Gini de propietarios corresponden a datos del panel agrícola compilado por el CEDE.



Fuente: IGAC, Atlas de la Propiedad Rural.

Esta característica del sector rural colombiano encaja con la descripción realizada por Fukuyama (2011)¹⁶ de una economía maltusiana, en donde se presenta una ley de hierro de acumulación de riqueza, la cual es explicada por un proceso de acaparamiento de las pequeñas propiedades.

Esta ley establece que una elite agraria seguirá una senda de acumulación de riqueza que no responde a incrementos en la eficiencia en el uso de la tierra, pues el proceso de creación de riqueza no viene dado por el proceso de innovación o de emprendimiento. Este es el caso de la tierra que se encuentra subutilizada porque, por ejemplo, se dedica al pastoreo, en donde más del doble de lo necesario se utiliza para ello. De esta forma, el nivel tecnológico del campo se mantendrá fijo o presentará pocos avances (Fukuyama, 2011).

De esta forma, un latifundista continuamente incrementa su riqueza por el simple hecho de apoderarse de la pequeña propiedad y no por ser más eficiente. En últimas, corresponde a un problema de suma cero, en donde no hay mejoras en productividad, sino que el aumento de la riqueza de un latifundista viene dada por la pérdida de la propiedad de un pequeño productor

¹⁶ Fukuyama, F. (2011). The origins of political order



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

(Fukuyama, 2011). Para frenar este continuo avance de los latifundios es necesario entonces evitar el fraccionamiento de la pequeña propiedad rural. Esto responde a la paradoja de los pequeños productores por cuanto a pesar de ser económicamente eficientes y más productivos por hectárea, el reducido tamaño de la propiedad no le permite generar los ingresos suficientes para salir de la pobreza. En este sentido, un factor decisivo para frenar el avance de la ley de hierro del latifundio y forzar la adopción de tecnologías para las mejoras en productividad viene dado por no permitir que la tierra se siga fraccionando y la familia campesina tenga la suficiencia en su sostenimiento económico y se haga un uso más eficiente de la tierra.

2) Empresas familiares y la libertad de testar

La probabilidad de supervivencia de las empresas familiares se ve reducida en el momento del relevo generacional. Lo anterior porque, en primer lugar, los herederos no cuentan con el talento ni las habilidades profesionales necesarias; en segundo lugar, por las disputas al interior de las familias por el control de la empresa. En este sentido, una vasta literatura académica se ha concentrado en los efectos de estos dos factores mencionados sobre la rentabilidad de los activos y el crecimiento de las empresas, encontrando que en efecto, al momento del relevo generacional varios indicadores del buen desempeño de una empresa se deterioran, entre ellos: el rendimiento de los activos, las relaciones-mercado-valor-contable y las prácticas de gestión.

Ahora bien, en la literatura económica se ha identificado un nuevo obstáculo para la supervivencia de las empresas. Este corresponde a la reducida libertad de testamento con que cuenta una empresa familiar. En un reciente artículo en la prestigiosa publicación académica *American Economic Review* los autores Ellul, Pagano, & Panunzi (2010) señalan los efectos negativos de las leyes de herencia sobre las empresas. En particular, mencionan que las restricciones en la libertad de testamento reducen la capacidad de la empresa para prometer futuros flujos de ingresos lo cual limita su capacidad para financiar la inversión.

Los autores tomando en consideración el índice de libertad de testamento revisan si este tiene algún impacto sobre el desempeño de las empresas familiares. Para ello, recolectan información de empresas y su respectivo desempeño en 38 países, incluido Colombia. En suma, encuentran que una ley de herencia más estricta se asocia con una menor inversión y un crecimiento más lento en las empresas familiares. El impacto encontrado es importante en términos económicos. Por ejemplo, aumentar la libertad de testamento en un 25% conlleva a que las inversiones de capital de las firmas se incrementen en 11% sobre la media del ratio capex de las firmas del estudio.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

Esto implica que la supervivencia de las empresas familiares depende de la forma en que se aborda los procesos de sucesión, pues en el momento de la partición no es claro si la empresa seguirá contando con los activos necesarios para seguir en el mercado.

Este no es un tema menor por cuanto el aparato productivo del país está soportado por las empresas familiares, pues representan una parte importante del total de empresas, siendo estas alrededor 500 mil empresas, en su mayoría pymes. Del total de las empresas, dos terceras partes quiebran o son vendidas por la familia durante la primera generación, y tan solo el 5% y el 15% logran perdurar por lo menos hasta la tercera generación (Deloitte, 2010¹⁷). Sumado a lo anterior, en Colombia muy pocas empresas que cuentan con una gestión adecuada para abordar el riesgo de la sucesión. De acuerdo con datos de la Superintendencia Financiera del año 2001 tan solo el 28% de las empresas familiares cuentan con procedimientos para afrontar la sucesión. Asimismo, en el 87,7% de las sociedades no existe un documento con los criterios para elegir al sucesor del fundador.

En conclusión, las regulaciones existentes sobre legítimas son un obstáculo para la asignación eficiente de los activos de las familias, por lo tanto la libertad en el testamento permite un mejor uso productivo de las empresas, en parte porque así se puede dejar a cargo a quien en realidad esté interesado del negocio, lo conozca y esté dispuesto a no dejar perecer la empresa familiar. Por lo tanto, este proyecto de ley cumple con la tarea de mitigar en parte los riesgos asociados con la quiebra de las empresas pequeñas y da certidumbre en lo respectivo al manejo de los activos familiares.

3) La libertad de testamento, la familia nuclear y las nuevas formas de solidaridad familiar

Las leyes de sucesión no producen efectos exclusivamente en aspectos económicos como la tierra o las empresas familiares. La ley de sucesiones regula aspectos fundamentales de la solidaridad familiar, lo que la hace relevante para la estabilidad en el largo plazo de estas estructuras. La herencia constituye el fundamento material de la continuidad de la familia y por lo tanto contribuye en la estabilidad intergeneracional de las estructuras sociales.

Por lo tanto, en un régimen de mayor libertad testamentaria, la expectativa de una herencia puede ser usada por el testador para asegurar un apoyo intergeneracional en el seno de la familia, fortaleciendo así la unidad de la misma. La expectativa de heredar, así como cualquier transferencia inter-vivos, puede promover vínculos de solidaridad entre las generaciones y

¹⁷ Deloitte. (2010). Sucesión en la Empresa Familiar. Boletín Gobierno Corporativo.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

disminuir los nacimientos por fuera del matrimonio. La posibilidad de desheredamiento, ha sido entendida como un factor de unión familiar que les permite a los padres mantener fortalecida su familia. En este sentido, la ley de sucesiones interviene en las bases de una relación familiar.

En un reciente estudio conocido como el Mapa Mundial de la Familia 2013, realizado en 47 países por el Child Trends Institute y la Universidad de Piura en Perú, se conoció que Colombia, con un total de 84% del total de los nacimientos vivos, es el país del mundo con el número más alto de niños nacidos por fuera del matrimonio. El informe señala que en comparación con América Latina, el matrimonio en Colombia ha perdido terreno frente a formas distintas de unión. De los adultos entre 18 y 49 años, apenas el 19 por ciento está casado y el 39 por ciento vive en relaciones consensuales, lo que representa el más alto porcentaje de todos los países estudiados.

En febrero de 2013, la revista *The Economist* en su edición ‘*El mundo en cifras*’ destacó que el país ocupa el primer lugar en el mundo con menos matrimonios por habitantes, con apenas 1,7 matrimonios por cada 1.000 habitantes. La familia ha cambiado en las últimas décadas como lo indica el estudio mencionado. El crecimiento del número de niños concebidos por fuera del matrimonio y que sitúa a Colombia en el primer lugar del mundo, presumiblemente estaría ligado de dos formas a la eliminación de las discriminaciones que existían en el pasado en contra de los hijos extramatrimoniales. En primer lugar, porque la discriminación afecta a grupo poblacional creciente. Y en segundo lugar, porque los nacimientos extramatrimoniales se refieren a un cambio en la ética social respecto de estatus marital de los padres.

El matrimonio ya no es observado como el único modelo familiar normativo, dado que las relaciones no maritales reciben hoy cada vez más aceptación. La multiplicidad de nuevas formas familiares, significa que existen nuevas reclamaciones de solidaridad entre estas nuevas formas de asociación familiar. En términos de sucesiones, las nuevas reclamaciones de solidaridad deben ser reconocidas, lo que puede obtenerse otorgando al testador el mayor grado posible de libertad testamentaria

CONTEXTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

El Título V del Libro Tercero del Código Civil se refiere a las asignaciones forzosas. Son éstas “*las que el testador es obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas*” (artículo 1226).

Son asignaciones forzosas los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, la porción conyugal, las legítimas y la cuarta de mejoras en la sucesión de los descendientes. En lo que



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

respecta a las legítimas, la ley las define como *“aquella cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios”* (artículo 1239).

Son legitimarios los descendientes, los ascendientes, los padres adoptantes y los padres de sangre del adoptado de forma simple (artículo 1240). El derecho de los legitimarios consiste en que: *“La mitad de los bienes”*, previas algunas deducciones¹⁸ y las agregaciones previstas en los artículos 1243 a 1245 C.C, *“se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y reglas de la sucesión intestada... No habiendo descendientes ni hijos naturales por sí o representados, con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio”* (artículo 1242). Pero si hubiera descendientes *“la masa de bienes... se divide en cuatro partes: dos de ellas o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el testador haya querido favorecer uno o más descendientes... y otra cuarta de que ha podido disponer a su arbitrio”* (artículo 1242, inciso cuarto; negrillas añadidas).

Es decir que, habiendo descendientes, una persona sólo puede disponer testamentariamente de manera libre de la cuarta parte de su patrimonio, tras las deducciones de rigor.

Por medio del testamento el testador especifica quién se convertirá en dueño de sus propiedades y en qué momento se realizará esa transferencia. Sin embargo, esta libertad de disposición de sus bienes post mortem, pone de presente el problema de reconciliar el derecho individual de testar con el mérito y la obtención de riqueza por medio de las virtudes y esfuerzo realizado por cada persona.

Tal como lo ha consagrado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, *“La palabra testamento trae su origen en la frase latina “testatio mentis”, o sea, testimonio de la voluntad.*

“Según el artículo 1055 del C.C., el testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en el mientras viva. Según el artículo 1059 del mismo Código, el testamento es un acto de una sola persona, y agrega en su inciso 2º, que “serán nulas todas las disposiciones contenidas en el testamento otorgado por dos o más personas a un tiempo, ya sea en beneficio recíproco de los otorgantes o de una tercera persona”.

¹⁸ Se trata de las previstas en el artículo 1016 del Código Civil, es decir: las costas de publicación del testamento, las deudas hereditarias, los impuestos fiscales que graven la masa hereditaria, las asignaciones alimenticias forzosas y la porción conyugal.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

“Es un acto jurídico unilateral, esto es, solamente necesita la voluntad de una sola persona para producir los efectos que le son propios, su finalidad dispositiva de bienes para después de la muerte del testador”¹⁹.

DERECHO COMPARADO

Las mencionadas contradicciones alrededor de las leyes de herencia han sido objeto de debate en varios países donde y por tanto, a partir de diversos órdenes de justificación, han elaborado normas diferentes en lo que respecta a las leyes de sucesiones.

La libertad de testar nunca ha generado mayor debate en los Estados Unidos. La posibilidad de desheredar a los hijos constituye una de las particularidades más importantes del derecho sucesoral norteamericano. Sólo existe protección para el cónyuge, el cual tiene derecho a una porción obligatoria correspondiente a la sociedad conyugal (*community property*).

Factores de la estructura política y social de los Estados Unidos parecen importantes a la hora de explicar por qué la libertad de testar fue aceptada sin mayor conflicto; diferencias en la concepción de la propiedad privada respecto de Alemania y Francia y distintas realidades económicas a lo largo del siglo XIX:

- En comparación con Francia, el propósito redistributivo fue menos importante en los Estados Unidos. No hubo un propósito de fraccionar los bienes de la nobleza ni de redistribuir las bases del poder aristocrático. El propósito principal de la revolución norteamericana fue su independencia y el establecimiento de un sistema democrático que no repitiera la desigualdad en el trato entre colonos y los colonizadores británicos. Por otro lado, en los Estados Unidos está muy arraigada la idea de que la injerencia del Estado en las relaciones económicas y sociales es una de las principales causas de desigualdad social.
- En cuanto a la segunda razón esgrimida, la abundancia de tierra hasta finales del siglo XIX hacía menos urgente la necesidad de fraccionarla por medio de la ley de sucesión y no había necesidad de limitar la concentración de la tierra perteneciente a la vieja aristocracia. Asimismo en los Estados Unidos había más tierra disponible que en Francia, un país entero por colonizar.

Por otro lado, hay tres sistemas básicos en materia de sucesiones²⁰:

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia Mayo 4 de 1949, Tomo Lxvi, M.P.: Manuel José Vargas.

²⁰ Ver Hernández-Fierro María y Marta, Panorama Legislativo Actual de la Libertad de Testar (2010)



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

- Los sistemas legitimarios clásicos: que a su vez pueden clasificarse en los que establecen una porción llamada legítima o de reserva (Colombia, Francia, Italia, España, Finlandia, Suecia, Grecia, entre otros) y los que establecen un derecho de crédito frente a los herederos (Alemania, Austria).
- Los países con libertad de testar (la cual no es ilimitada): muchos países han establecido la libertad de testar sin que con ello hayan visto a las familias disolverse o a los hijos alzarse contra sus padres o madres. En los países anglosajones (Reino Unido, países de la *Commonwealth* y Estados Unidos de América) la libertad de testar se reconoce desde hace mucho tiempo, aunque en algunos casos con ciertas restricciones que este Proyecto también ha respetado: se trata de los alimentos forzosos y la porción conyugal. En México se ha reconocido desde 1939 la libertad de testar con estas mismas limitaciones. Así ha ocurrido igualmente en diversos países centroamericanos (Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua).
- Los países con sistema intermedio: en que existen herederos legitimarios, pero sólo cuando están en estado de necesidad (Estonia, Lituania, Eslovenia, Polonia).

En un reciente artículo en la prestigiosa publicación académica *American Economic Review* los autores Ellul, Pagano, & Panunzi (2010)²¹ construyen para 38 países un índice de libertad de testamento, países entre los cuales está incluido Colombia. Para ello, utilizan información recolectada con encuestas a firmas de abogados que participan en el *Lex Mundi Project*. Para la construcción del índice se les pregunta a las diferentes firmas de abogados: "*¿Cuál es la máxima fracción de la herencia que se puede legar a un solo niño tomando en consideración del número de niños y de la presencia de un cónyuge sobreviviente?*".

Tomando como medida de libertad de testamento la mayor fracción disponible para entregar en herencia a un hijo cuando la familia se encuentra conformada por dos hijos y una esposa, se encuentra que en los países que se rigen por el derecho consuetudinario de origen anglosajón (*Common law*) es mayor la libertad de testamento, a diferencia de los países donde el derecho civil es aplicable. En promedio, el porcentaje de los activos que se le puede dejar a un solo hijo en los países de derecho consuetudinarios es del 96%, mientras en los países con "*Civil law*" es del 54%. En el caso colombiano, esta fracción asciende a 38%, siendo entonces el tercer país con la menor libertad de testamento, únicamente por delante de Bélgica y Filipinas.

Al comparar con los países de la región, con los cuales se comparte un proceso en la formación de las instituciones políticas y económicas, México tiene el valor máximo en el índice al

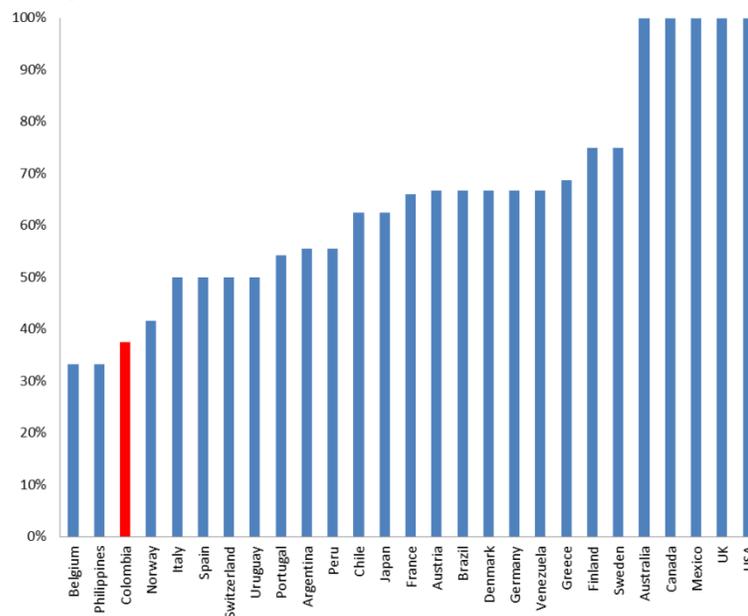
²¹ Ellul, A., Pagano, M., & Panunzi, F. (2010). Inheritance Law and Investment in Family Firms, *American Economic Review*.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

permitir legar el 100% a un solo hijo, mientras en Brasil y Venezuela ese porcentaje es de 67%, en Chile el 63% y en Argentina y Perú asciende a 56% (Gráfico 9). Es evidente, en consecuencia, que en muchos países similares en tradiciones a Colombia existe la libertad testamentaria, sin que ello haya erosionado la unión familiar o el afecto entre consanguíneos por la supresión de las legítimas.

Gráfico 9: Índice de libertad de testamento



Fuente: (Ellul, Pagano, & Panunzi, 2010).

CONCLUSIÓN

En conclusión, este proyecto pretende aumentar la libertad de testar pudiendo asignar con mayor sabiduría los recursos que han logrado acumular dentro de sus vidas. Entendemos que cada caso particular es diferente y que la decisión de qué heredar a quién es una decisión eminentemente moral que compete al individuo de acuerdo con sus propios valores, por lo que la imposición de un criterio de igualdad absoluta parece una injerencia excesiva, por parte del Estado en la esfera personal de los ciudadanos. Las legítimas establecen un criterio equitativo que resulta adecuado para las sucesiones intestadas que no son tocadas por la presente iniciativa, pero dicho criterio se convierte en una camisa de fuerza que impide al testador buscar la repartición más óptima que le dicte su propia conciencia.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

Con todo, la propuesta presentada no elimina del todo las legítimas pero las reduce a una cuarta parte de la masa sucesoral a la vez que deja vigentes instituciones establecidas a proteger a terceros como las referentes a alimentos legales y a la porción conyugal. No se considera necesario incluir una disposición que establezca que el testador debe dejar alimentos a quienes tengan derecho a ellos porque ello ya está previsto en el artículo 1268.1 del Código Civil²².

La ley propuesta hace una excepción al establecer la libertad testamentaria cuando el activo principal de la sucesión sea un predio de valor menor a cuatro UAF, con el fin de frenar la fragmentación de la propiedad de la tierra en zonas del país en las que prevalece el microfundio.

Finalmente, las leyes no deben ser solamente económicamente idóneas sino también morales. Debemos adaptar la ley de sucesiones a los nuevos vínculos de solidaridad familiar que definen a la sociedad actual.

PROPOSICIÓN

En razón de lo anteriormente expuesto, solicito comedidamente a los Honorables miembros de la Comisión Primera, darle primer debate al proyecto de ley No. 066 de 2016, Cámara “*Por medio de la cual se reforma y adiciona el Código Civil*”, cuyo articulado a continuación se propone:

Cordialmente,

RODRIGO LARA RESTREPO
Representante a la Cámara

²² Sentencia del 30 de octubre de 1945, Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia. Publicada en el §5447 del Código Civil y Legislación Complementaria (Legis, Bogotá, 2012).



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

TEXTO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NO. 066 DE
2016 CÁMARA “POR MEDIO DE LA CUAL SE REFORMA Y ADICIONA EL CÓDIGO
CIVIL”

Artículo 1º.- El artículo 1045 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1045 – Los descendientes de grado más próximo excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.”

Artículo 2º - El artículo 1226 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1226.- Asignaciones forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas.

Asignaciones forzosas son:

- 1º. Los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas.
- 2º. La porción conyugal.
- 3º. Las legítimas”

Artículo 3º.- El artículo 1240 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1240 – Son legitimarios:
1 - Los descendientes personalmente o representados.
2 - Los ascendientes.”

Artículo 4º - El artículo 1242 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1242.- Habiendo legitimarios, la cuarta parte de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno de esta división es su legítima rigurosa.

Las tres cuartas partes restantes constituyen la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio”.

Artículo 5º.- El artículo 1243 del Código Civil quedará así:



“Artículo 1243 – Para computar la cuarta de legítimas que se menciona en el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas, según el valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega, y las deducciones que, según el artículo 1234, se hagan a la porción conyugal.”

Artículo 6º - El artículo 1244 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1244.- Si el que tenía, a la sazón, legitimarios, hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños, y el valor de todas ellas juntas excediere a las tres cuartas partes de la suma formada por este valor y al del acervo imaginario, tendrán derecho los legitimarios para que este exceso se agregue también imaginariamente al acervo, para la computación de las legítimas.”

Artículo 7º.- El artículo 1245 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1245.- Si fuere tal el exceso, que no sólo absorba la parte de los bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio, sino que menoscabe las legítimas rigurosas, tendrán derecho los legitimarios para la restitución de lo excesivamente donado, procediendo contra los donatarios, en un orden inverso al de las fechas de las donaciones, esto es, comenzando por las más recientes.

La insolvencia de un donatario no gravará a los otros”.

Artículo 8º.- El artículo 1247 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1247.- Si la suma de lo que se ha dado en razón de legítima no alcanzare la cuarta parte del acervo imaginario, el déficit se sacará de los bienes, con preferencia a toda otra inversión”

Artículo 9º.- El artículo 1248 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1248 – Si un legítimo no lleva el todo o parte de su legítima, por incapacidad, indignidad o desheredamiento, o porque la ha repudiado, y no tiene descendencia con derecho a representarlo, dicho todo o parte se agregará a la cuarta de legítimas, y contribuirá a formar las legítimas rigurosas de los otros, y la porción conyugal en el caso del artículo 1236, inciso 2º.

Volverán de la misma manera la cuarta de legítimas las deducciones que según el artículo 1234 se hagan a la porción conyugal, en el caso antedicho”.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

Artículo 10° - El artículo 1249 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1249 – Acrece a las legítimas rigurosas toda aquella porción de los bienes de que el testador ha podido disponer con absoluta libertad, y no ha dispuesto, y si lo ha hecho ha quedado sin efecto la disposición.

Aumentadas así las legítimas rigurosas, se llaman legítimas efectivas.

Este acrecimiento no aprovecha al cónyuge sobreviviente, en el caso del artículo 1236 inciso 2°.”

Artículo 11° - El artículo 1251 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1251 – Si las donaciones hechas a legitimarios, excediere la cuarta parte del acervo imaginario, el exceso se imputará a las tres cuartas partes restantes, con exclusión del cónyuge sobreviviente, en el caso del artículo 1236, inciso 2°, todo ello sin perjuicio de cualquier otro objeto de libre disposición, a que el difunto las haya destinado.”

Artículo 12° - El artículo 1254 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1254.- Si no hubiere cómo complementar las legítimas calculadas de conformidad con los artículos precedentes, se rebajarán a prorrata”

Artículo 13°.- El artículo 1256 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1256.- Todos los legados y todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico, aparezca que el legado o la donación se ha hecho para imputarse a las tres cuartas partes de libre disposición.

Sin embargo, los gastos hechos para la educación de un descendiente no se tomarán en cuenta para la computación de legítimas ni de las tres cuartas de libre disposición, aunque se hayan hecho con calidad de imputables. Tampoco se tomarán en cuenta para dichas imputaciones, los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de costumbre”.

Artículo 14° - El artículo 1257 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1257.- La acumulación de lo que se ha donado irrevocablemente en razón de legítimas, para el cómputo prevenido por el artículo 1242 y siguientes, no aprovecha a los acreedores hereditarios ni a los asignatarios que lo sean a otro título que al de legítima”.



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

Artículo 15°.- El artículo 1261 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1261.- Los desembolsos hechos para el pago de deudas de un legitimario, descendiente, se imputarán a su legítima, pero sólo en cuanto hayan sido útiles para el pago de dichas deudas”.

Artículo 16°.- El artículo 1263 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1263.- Los frutos de las cosas donadas revocable o irrevocablemente, a título de legítima, durante la vida del donante, pertenecerán al donatario, desde la entrega de ellas, y no figurarán en el acervo; y si las cosas donadas no se han entregado al donatario, no le pertenecerán los frutos sino desde la muerte del donante, a menos que éste le haya donado irrevocablemente, y de un modo auténtico, no sólo la propiedad sino el usufructo de las cosas donadas”.

Artículo 17°.- El artículo 1264 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1264.- Si al donatario de especies, que deban imputarse a su legítima, le cupiere definitivamente una cantidad no inferior a la que valgan las mismas especies, tendrá derecho a conservarlas y exigir el saldo, y no podrá obligar a los demás asignatarios a que le cambien las especies, o le den su valor en dinero.

Y si le cupiere definitivamente una cantidad inferior al valor de las mismas especies, y estuviere obligado a pagar un saldo, podrá, a su arbitrio, hacer este pago en dinero, o restituir una o más de dichas especies, y exigir la debida compensación pecuniaria, por lo que el valor actual de las especies que restituya excediere el saldo que debe”.

Artículo 18° - El artículo 1275 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1275 – En general, lo que por ley corresponde a los legitimarios, y lo que tienen derecho a reclamar por la acción de reforma, es su legítima rigurosa.

El legitimario que ha sido indebidamente desheredado tendrá, además, derecho para que subsistan las donaciones entre vivos y comprendidas en la desheredación.”

Artículo 19° - El artículo 1277 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1277.- Contribuirán a formar o integrar lo que en razón de su legítima se debe al demandante, los legitimarios del mismo orden y grado.”

Artículo 20°.- El artículo 1520 del Código Civil quedará así:



INFORMACIÓN & SOLUCIONES

“Artículo 1520.- Por regla general, el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona.

Sin embargo, las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario, relativas a la misma legítima, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título de las asignaciones forzosas.

La prohibición general del inciso primero de este artículo, tampoco obsta para lo dispuesto en el artículo 1375 del Código Civil”

Artículo 21° - Deróguense las siguientes disposiciones del Código Civil: los artículos 1252, 1253, 1259 y 1262.

Artículo 22° - Cuando vaya a disponerse testamentariamente de predios rurales de extensión inferior a cuatro (4) Unidades Agrícolas Familiares (UAF), no será aplicable el régimen de legítimas.

Artículo 23°.- Esta ley entrará a regir a partir del 1° de enero del año siguiente de su expedición y no será aplicable a los testamentos que hayan sido depositados en notaría antes de la vigencia de la presente ley, los cuales seguirán regulados por la legislación anterior.