

Mg. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho procesal civil. Uniexternado de Colombia

---

Doctor

MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

**MAGISTRADO PONENTE**

**TIRBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN**

[ssctspop@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:ssctspop@cendoj.ramajudicial.gov.co)

[sacftribsupayan@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:sacftribsupayan@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**REF: SUSTENTACION RECURSO DE APELACION CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DICTADA POR EL JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE POPAYAN**

PROCESO: INEFICACIA DE CONTRATO POR INOPONIBILIDAD

DEMANDANTES: MARIO FERNANDO RIVERA RESTREPO -  
MARÍA CLARA RIVERA RESTREPO Y  
XIMENA RIVERA RESTREPO

DEMANDADAS: MARÍA NOHRA GIL DÍAZ Y MARÍA DEL MAR RIVERA GIL

RADICADO: 19001311000120200004400

**ANNA CRISTINA PITO POLANCO**, identificada con cédula de ciudadanía 34.542.322 de Popayán y portadora de la Tarjeta Profesional 130715 del Consejo Superior de la Judicatura, con correo electrónico [cristinapito2@hotmail.com](mailto:cristinapito2@hotmail.com), apoderada de las señoras, **MARÍA DEL MAR RIVERA GIL**, identificada con cédula de ciudadanía 34.315.233 de Popayán y correo electrónico [mariadelmar1007@hotmail.com](mailto:mariadelmar1007@hotmail.com) y **MARÍA NOHRA GIL DÍAZ** identificada con cédula de ciudadanía 25.268.605, sin correo electrónico personal, **demandadas** en el referenciado PROCESO DE INEFICACIA DE CONTRATO POR INOPONIBILIDAD, instaurado por los señores MARIO FERNANDO RIVERA RESTREPO - MARÍA CLARA RIVERA RESTREPO Y XIMENA RIVERA RESTREPO, a través de apoderada, dentro del término legalmente conferido, me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACION FORMULADO CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** proferida por el JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE POPAYAN, sujetando mi alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante la juez de instancia en el escrito de REPAROS.

A efectos de realizar la sustentación, debo señalar inicialmente que, en el presente asunto, la señora Juez resolvió: “**PRIMERO.- DECLARAR INOPONIBLE** frente a los señores **MARIO FERNANDO RIVERA RESTREPO, MARIA CLARA RIVERA RESTREPO y XIMENA RIVERA RESTREPO**, y en consecuencia **INEFICAZ** la **ESCRITURA PUBLICA N° 2056 del 3 de julio del 2014, otorgada en la NOTARIA SEGUNDA POPAYÁN, mediante la cual el señor MARIO HENRY RIVERA TOBAR, DONO a las señoras MARIA NOHRA GIL DIAZ identificada con C.C. No. 25.268.605 y MARIA DEL MAR RIVERA GIL, identificada con CC No. 34.315.233, los inmuebles distinguidos con Matricula Inmobiliaria números 120-1551 y 120-180576; por afectar la legitima rigurosa de los aludidos demandantes.**”, decisiones que con el mayor respeto reitero debo apartarme, al considerar de manera central que **EN ESTA CUERDA PROCESAL NO ES POSIBLE INVENTARIAR BIENES Y DE ESA MANERA ESTABLECER LA AFECTACION A LAS LEGITIMAS RIGUROSAS, COMO EN EFECTO NO SE**

1

Mg. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho procesal civil. Uniexternado de Colombia

---

ESTABLECIO.

Esta situación procesal es la que me llevó a formular oportunamente los reparos contra la sentencia y que desarrollé en esa oportunidad y que a continuación me permito reiterar, así:

**REPARO NUMERO 1. EN EL PROCESO NO SE DEMOSTRÓ LA AFECTACIÓN A LAS LEGÍTIMAS RIGUROSAS.**

**LA SEÑORA JUEZ DECLARO “INEFICAZ la ESCRITURA PUBLICA N° 2056 del 3 de julio del 2014, otorgada en la NOTARIA SEGUNDA POPAYÁN, mediante la cual el señor MARIO HENRY RIVERA TOBAR, DONO a las señoras MARIA NOHRA GIL DIAZ identificada con C.C. No. 25.268.605 y MARIA DEL MAR RIVERA GIL, identificada con CC No. 34.315.233, los inmuebles distinguidos con Matricula Inmobiliaria números 120-1551 y 120-180576; por afectar la legítima rigurosa de los aludidos demandantes.”**

Si se escucha la grabación de la audiencia, se evidencia que la señora Juez concluye que la parte actora cumplió con la carga de la prueba en el sentido de acreditar que efectivamente el causante donó la nuda propiedad reservándose el usufructo de los dos bienes. Que falleció. Los hijos que le sobrevivieron y que declararon la unión marital de hecho con doña Nohora Gil. Que no se ha adelantado sucesión y que no dejó más bienes.

Realiza una lista de los medios de prueba documentales obrantes, esto es, registros civiles de nacimiento que legitiman a demandantes y demandada como hijos del causante, la escritura pública de la donación aquí demanda, la escritura pública de liquidación de la sociedad conyugal con la señora madre de los demandantes y la escritura pública de la unión marital del causante con mi mandante.

Con el mayor respeto ninguno de esos medios de prueba conduce a demostrar cuál es la afectación de las legítimas rigurosas.

**El hecho de realizarse la donación no necesariamente es inoponible, o nula, o debe rescindirse,** porque lo único **que hubiera podido perseguirse era el exceso** y no tenemos ni un solo elemento de convicción en este proceso que determine el acervo hereditario, ni la afectación a las legítimas y mucho menos cuál es el exceso; siendo que el acervo imaginario se debe conformar con los bienes del causante y con las donaciones tal como lo explica el aquo, pero en este asunto no se ha establecido.

Mg. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho procesal civil. Uniexternado de Colombia

Y es que obviamente no había como establecerse el exceso para concluir la afectación a legítimas rigurosas, toda vez que, estamos en un proceso declarativo y no en el liquidatorio, por tanto, no se podía establecer vulneración sin haber inventariado en el estadio procesal idóneo, que es, la diligencia de inventarios para demostrar: Qué fue lo que se donó en exceso?, que resulta de liquidar la sociedad patrimonial constituida con mi mandante, establecer el porcentaje sobre el cual el causante tenía libre disposición para respetar su voluntad y el porcentaje que no podía disponer, el cual sería el exceso para derivar de ahí afectación o no de las legítimas rigurosas.

Pretendió la parte demandante que, por el hecho de realizarse la donación, ya, sea inoponible, sea nula, o se pueda rescindir y así lo declaró la señora Juez.

Pero resulta que no; **lo único que puede perseguirse es el exceso y no tenemos ni un solo elemento de convicción en este proceso que determine el acervo hereditario, ni la afectación a las legítimas y mucho menos cuál es el exceso;** siendo que el acervo imaginario se debe conformar con los bienes del causante y con las donaciones.

En otras palabras, la materia prima para atacar una donación por afectación a legítimas rigurosas es, ante todo, establecer el acervo hereditario.

De ahí se desprende el siguiente:

**REPARO NUMERO 2. LA JUEZ FUE ENFÁTICA EN CONSIDERAR QUE LOS DEMANDANTES NO PODÍAN ACUDIR AL PROCESO SUCESORAL A DETERMINAR LA AFECCIÓN A LAS LEGITIMAS RIGUROSAS PREVIO A ADELANTAR ESTE DECLARATIVO.**

Afirmación que sostiene realizando la recordación de las normas que regulan el trámite sucesoral, los requisitos de la demanda y sus anexos para concluir que al ser un anexo el inventario y avalúos no podían los demandantes adelantar dicho liquidatorio porque el causante no dejó bienes y no es factible cumplir esos presupuestos; que *“necesariamente debe prosperar la acción que nos ocupa para que los bienes donados ingresen a la masa partible y sea ahí donde se verifique lo relacionado con los bienes que el difunto podía disponer a su arbitrio y lo referente a los acervos imaginarios que se pudieren presentar a efectos de determinar cuál es la legítima rigurosa o derechos que le corresponden a los demandantes.”*

Con el mismo respeto, decir al H. Tribunal Superior que justamente es a través del acervo imaginario que se puede establecer la afectación o no a las legítimas rigurosas.

Así que el hecho que los bienes se encuentren en cabeza de mis mandantes nada impedía para que los demandantes, **ejercieran su derecho de pedir el reconocimiento de su calidad dentro del sucesorio e inventariar los bienes, (a través del acervo imaginario) para demostrar que se les afectaron legítimas rigurosas.**

Mg. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho procesal civil. Uniexternado de Colombia

---

**Es decir, que el acervo imaginario emerge en la sucesión**, y, si en gracia de discusión se aceptara que no se determinara en la sucesión, tampoco se ha adelantado ningún otro trámite para establecerlo.

Situaciones que a tiempo advirtió la señora juez como se evidencia en su auto inadmisorio; sin embargo, **la demandante insistió en mantener sus pretensiones.**

**Del estudio preliminar de la demanda, el despacho evidenció que no se indicó nada con relación al proceso de sucesión.**

En el escrito de subsanación, la apoderada acepta que no se ha iniciado la sucesión y deja a la señora juez considerar la procedencia de emplazamiento a herederos indeterminados en virtud del artículo 87 del CGP.

En efecto, la no existencia del proceso de sucesión es indicativo sine qua num que **no se tiene establecido el acervo imaginario que permita demostrar que las legítimas rigurosas se hayan afectado con las donaciones realizadas** por el causante DR MARIO RIVERA a su hija y a su compañera permanente con quien convivió hasta el último día de su vida, convivencia que por disposición de la Ley 13 de abril 08 de 1905, tuvo efectos civiles por razón del matrimonio contraído en el Ecuador, desde la fecha de liquidación de la sociedad conyugal con la señora RESTREPO (sentencia del TSDJ de Popayán de mayo 28 de 1980).

Hemos cuestionado que el proceso verbal la vía procedimental idónea para tramitar las pretensiones de los demandantes, en razón a que la donación puede ser rescindida entre otros, cuando el donante ha donado más de lo que legalmente podía que es el que nos ocupa y claro es que, por disposición del artículo 1245 del código civil en su primer inciso <sup>1</sup> la rescisión podrá ser promovida por los herederos que han resultado afectados por la donación en exceso.

No obstante, cabe señalar que el acervo imaginario a que hacía referencia el artículo 1243 del código civil, dejó de existir en razón a que fue derogado por la ley 1934 de 2018, lo que no

---

<sup>1</sup> «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.»

necesariamente supone la desaparición de ese concepto, porque sigue vigente el acervo imaginario contemplado en el artículo 1244 del código civil:<sup>2</sup>

Pero éste aplica respecto a las donaciones a extraños, es decir, a personas diferentes a los asignatarios forzosos o herederos con derecho. Sin embargo, a pesar de la derogatoria del artículo 1243 del código civil, es preciso tener en cuenta lo señalado en el artículo 1256 del código civil, modificado por la misma ley 1934 de 2018, en su primer inciso<sup>3</sup> cuyo efecto práctico es el mismo del acervo imaginario que antes contemplaba el artículo 1243 del código civil<sup>4</sup>. Al margen de la vigencia o no del primer acervo imaginario (art. 1243 del CC), lo cierto es que esta norma contemplaba la posibilidad que “***se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el valor que hayan tenido las cosas donadas al tiempo de la entrega***”.

Se extrae que dicha acumulación o como usualmente lo refieren los tratadistas del derecho sucesoral como “colación o colacionar” imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, **se debe llevar a cabo en proceso de sucesión ya que es procedimiento reglado por el legislador en virtud del cual se establece el acervo hereditario (en la respectiva audiencia de inventarios y avalúos art. 501 del CGP)** y será en esa oportunidad donde los herederos pueden pedir al juez que se acumulen imaginariamente al acervo líquido las donaciones hechas a legitimarios para que las mismas se imputen a su legítima de conformidad con el artículo 1256 del CC.

### **REPARO NUMERO 3. AL NO CONTAR CON EL TRÁMITE DE LA SUCESIÓN O EN SU DEFECTO HABER DEMOSTRADO EL ACERVO HEREDITARIO, NO**

---

<sup>2</sup> «Si el que tenía, a la sazón, legitimarios, hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños, y el valor de todas ellas juntas excediere a la mitad 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.»

<sup>3</sup> «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 la mitad de libre disposición.»

<sup>4</sup> Puesto que cualquier donación previa se imputará a la legítima de quien la recibió, es decir, se tratará como si ya se le hubiera otorgado, que es lo que precisamente hacía el primer acervo imaginario

Mg. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho procesal civil. Uniexternado de Colombia

---

**ERA POSIBLE DETERMINAR SI EN EL NEGOCIO JURÍDICO AQUÍ DEMANDADO EL DONANTE DONÓ MÁS DE LO QUE LE ESTABA PERMITIDO Y POR TANTO NO PODÍA ACCEDERSE A LAS PRETENSIONES.** [00]

Al no estar abierto el trámite de la sucesión en el que los legitimarios incluyeran en los respectivos acervos imaginarios todos los bienes del causante: no sólo los donados a mis representadas, quienes ocupan la posición de compañera permanente e hija, sino de los que el causante renunciara en la liquidación de la sociedad conyugal en favor de su cónyuge y los hoy demandantes, hijos del primer matrimonio, para la cual existían sus dos hijos extramatrimoniales MARÍA DEL MAR RIVERA GIL (1981) hoy demandada Y JOSÉ LUIS RIVERA GIL (1983) qepd, en este proceso no se tiene y en efecto no puede tenerse esclarecida la masa herencial.

Como en derecho corresponde El 50% son gananciales y el otro 50% a los herederos, pero obviamente de todos los bienes no solo de los donados, la mitad es de libre disposición; es decir el 25%; queda un 25% y es la de repartir entre los legitimarios. Hay 3 hijos del primer matrimonio y 2 de su segundo hogar así que sería el 5% a cada uno y ese porcentaje solo puede aplicarse si se tuviese esclarecida la masa herencial en el proceso que la ley tiene determinado para ello y que no es éste declarativo el llamado a inventariar y denunciar bienes.

Situación que había advertido la señora juez en el auto inadmisorio en virtud a que *“atendiendo el tipo de proceso y que el mismo no se encuentra en listado en el art. 22 del CGP y que la rescisión o inoponibilidad que se persigue es de un contrato de donación, preciso es que se señalaran las razones por las cuales se hace recaer la competencia en la especialidad familia para conocer de este asunto.”*

Y en tal virtud la parte demandante insistió en que *“por el factor objetivo más precisamente por la naturaleza del asunto, la presente acción corresponde a la jurisdicción de familia, en aplicación del artículo 12 en concordancia con el numeral 18 del artículo 22 y 23 del código general del proceso.*

Ninguna de ellas le son aplicables:

El artículo 12 es la regulación para llenar vacíos y deficiencias del código.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup>Cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos. A falta de estas, el juez determinará la forma de realizar los actos procesales con observancia de los principios constitucionales y los generales del derecho procesal, procurando hacer efectivo el derecho sustancial

Mg. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho procesal civil. Uniexternado de Colombia

---

El numeral 18 del artículo 22 radica la COMPETENCIA DE LOS JUECES DE FAMILIA EN PRIMERA INSTANCIA para conocer *en primera instancia*, “*De la reivindicación por el heredero sobre cosas hereditarias o por el cónyuge o compañero permanente sobre bienes sociales.*”

El artículo 23 es el FUERO DE ATRACCIÓN para el juez que esté conociendo del proceso de sucesión de mayor cuantía.<sup>6</sup> IMPOSIBLE APLICARLO porque el trámite que nos ocupa no es de sucesión, ni se ha iniciado ante ningún otro juez.

Con todo, el Despacho aceptó la competencia “*el competente a voces del num. 18 del art. 22 ibidem.*”

---

<sup>6</sup>“*Cuando la sucesión que se esté tramitando sea de mayor cuantía, el juez que conozca de ella y sin necesidad de reparto, será competente para conocer de todos los juicios que versen sobre nulidad y validez del testamento, reforma del testamento, desheredamiento, indignidad o incapacidad para suceder, petición de herencia, reivindicación por el heredero sobre cosas hereditarias, controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato o por incapacidad de los asignatarios, lo mismo que de los procesos sobre el régimen económico del matrimonio y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, relativos a la rescisión de la partición por lesión y nulidad de la misma, las acciones que resulten de la caducidad, inexistencia o nulidad de las capitulaciones matrimoniales, la revocación de la donación por causa del matrimonio, el litigio sobre la propiedad de bienes, cuando se disputa si estos son propios o de la sociedad conyugal, y las controversias sobre subrogación de bienes o las compensaciones respecto de los cónyuges y a cargo de la sociedad conyugal o a favor de esta o a cargo de aquellos en caso de disolución y liquidación de la sociedad conyugal o sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.*”

*La solicitud y práctica de medidas cautelares extraprocesales que autorice la ley corresponde al juez que fuere competente para tramitar el proceso al que están destinadas. La demanda podrá presentarse ante el mismo juez que decretó y practicó la medida cautelar, caso en el cual no será sometida a reparto. Las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales también podrán decretar y practicar las medidas cautelares extraprocesales autorizadas por la ley.*

*Salvo norma en contrario, dentro de los veinte (20) días siguientes a la práctica de la medida cautelar, el solicitante deberá presentar la demanda correspondiente, so pena de ser levantada inmediatamente. En todo caso el afectado conserva el derecho a reclamar, por medio de incidente, la liquidación de los perjuicios que se hayan causado. La liquidación de perjuicios se sujetará a lo previsto en el artículo [283](#).*

Mg. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho procesal civil. Uniexternado de Colombia

---

*“ordenando dar el trámite de ley, considerando que la donación a la que se hace alusión es un contrato del que se busca su inoponibilidad o rescisión, según se afirma en la demanda presentada.”*

Y resolvió: dar “a la demanda el trámite señalado para los procesos verbal en el libro 3º, sección 1a Título I, capítulo I del CGP y ordena emplazar a herederos indeterminados.

Decisiones que respetuosamente considero, obedecieron a que el despacho no puede denegar el derecho de acceso a la administración de justicia, así el demandante se mantenga en el error.

Al no contar con el trámite de la sucesión o en su defecto haber demostrado el acervo hereditario, no era posible determinar si en el negocio jurídico aquí demandado el donante se donó más de lo que le estaba permitido.<sup>7</sup>

Y es que como no se ha abierto trámite de la sucesión en el que los legitimarios incluyeran en los respectivos acervos imaginarios todos los bienes del causante: no sólo los donados a mis representadas, quienes ocupan la posición de compañera permanente e hija, sino de los que el causante renunciara en la liquidación de la sociedad conyugal en favor de su cónyuge y los hoy demandantes, hijos del primer matrimonio, según se demostró con la escritura pública 1461 de agosto 20 de 1980 de la notaría segunda de Popayán, siendo que existían sus dos hijos extramatrimoniales MARÍA DEL MAR RIVERA GIL (1981) hoy demandada Y JOSE LUIS RIVERA GIL (1983) q.e.p.d., en este proceso no se tiene y en efecto no puede tenerse esclarecida la masa herencial.

---

<sup>7</sup> La sucesión es la cuerda procesal llamada a determinar si la disposición de los bienes realizada por el causante de forma voluntaria y libre desconoce las legítimas rigurosas, que se conoce como cuarta de mejoras y de libre disposición, que son una sola, toda vez que la cuarta de mejoras como tal fue eliminada por la ley 1934 de 2018, así que hoy en día el testador dispone de ellas con absoluta libertad de la mitad de sus bienes.<sup>1</sup> Anteriormente la cuarta de mejoras debía asignarse forzosamente a un heredero legitimado, pero hoy no existe tal obligación, así que el testador puede asignar el 50% de sus bienes a quien quiera, así no sea a un legitimario. Ese porcentaje corresponde al 50% de la masa de bienes previas deducciones de ley, que son las siguientes: El costo de publicación del testamento, las deudas hereditarias, los impuestos sobre todo el monto de la herencia, las asignaciones alimenticias forzosas, la porción conyugal si la hubiere y los gananciales. Del total de la masa de bienes propiedad de la persona se restan las anteriores deducciones, y lo que quede se divide en dos partes iguales (50% cada una), y **la cuarta de mejoras y de libre disposición** corresponde a ese 50%.

Mg. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho procesal civil. Uniexternado de Colombia

---

#### **REPARO NUMERO 4. LA NO APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.**

La señora Juez trae a colación sentencias aplicables por casos similares; sin embargo, sus referencias tienen como propósito soportar la competencia para resolver sobre la rescisión de las donaciones es este tipo de proceso declarativo.

Lo que respetuosamente considero es se dejó de lado que el mismo precedente nos da la razón en que para la prosperidad de la rescisión tiene que estar demostrada la afectación a las legítimas rigurosas y es por ello que insisto en que esa afectación no puede demostrarse en este declarativo, necesariamente es en el liquidatorio.

De esa manera es que, demostrada la afectación, el juez del declarativo pudiera declarar la inoponibilidad del exceso, dejando a salvo la parte no afectada, pero claro, no puedo hacerse en este asunto porque dichos presupuestos deben venir el proceso liquidatorio en que se tenga establecido el exceso.

**No se encuentran reunidos los requisitos legales para que se decretara la rescisión de la donación por ineficacia por inoponibilidad**, toda vez que el único sustento fáctico que resulta aceptable es si las donaciones hechas en vida por el causante afectaron las legítimas (art. 1245 del CC) y se deben rescindir (art. 1482 del CC)

EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL REFERIDO POR EL AQUO, SENTENCIA SC 4528 DE 2020 Y C 683 DE 2014 justamente nos dan la razón en que el heredero, no tiene cosa distinta que hacer que la de ejercer su derecho de pedir el reconocimiento de su calidad dentro del sucesorio e inventariar los bienes de la sociedad conyugal, para lo cual no podría impedírsele un acto del causante que haya dicho lo contrario, en este evento la donación. Reiterando que, en el caso de los herederos, lo que le corresponde es reclamar su derecho de herencia.

Inclusive de la sentencia Corte Constitucional C- 683 de 2014 se desprende literalmente:

*“La donación se rige por las reglas contenidas en su Título y de manera supletiva por las reglas de las asignaciones testamentarias y por las reglas generales de los contratos, en lono regulado por estas últimas. Las reglas sobre habilidad y capacidad son similares a las de las sucesiones por causa de muerte, por ello se considera que puede donar toda persona que la ley no haya declarado inhábil so pena de que se afecte la validez de la donación independientemente de la cuantía de la misma. **En todo caso, una persona hábil no podrá donar todos sus bienes y en ese caso procederá la acción de restitución de lo excesivamente donado del que son titulares los legitimarios después de la muerte del causante**”*

*“En todo caso, una persona hábil no podrá donar todos sus bienes y en ese caso **procederá la acción de restitución de lo excesivamente donado** del que son titulares los legitimarios después de la muerte del causante.”*

Mg. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho procesal civil. Uniexternado de Colombia

---

*“Por otra parte, la acción de rescisión del artículo 1482 para la restitución de lo excesivamente donado que describe el artículo 1245 del Código Civil se relaciona con la figura de los acervos imaginarios.”*

Así las cosas, damos cabida al siguiente:

**REPARO NUMERO 5. SE VULNERA EL DEBIDO PROCESO AL DEJAR SIN EFECTO LOS NEGOCIOS JURÍDICOS DE DONACIÓN PARA PROTEGER LAS LEGITIMAS RIGUROSAS PRESUNTAMENTE AFECTADAS A LOS TRES DEMANDANTES (Sin estar establecido el exceso de lo donado) y SIN DEJAR A SALVO LOS DERECHOS DE LAS DOS DEMANDADAS Y DE TERCEROS.**

Como he sostenido, en esta cuerda procesal no es posible demostrar afectación a legítimas, pues no es dable en este declarativo INVENTARIAR O DENUNCIAR BIENES (aquellos a los que renunció el causante al liquidar su sociedad conyugal con la señora OLGA RESTREPO), ni discutir la calidad de compañera permanente con unión marital de hecho legalmente declarada, del causante con mi mandante, la señora NOHORA GIL, ni hacer valer los derechos de otro de los hijos del causante JOSE LUIS RIVERA GIL Q.E.P.D. procreado en la unión con mi mandante.

**Así que, al no haberse demostrado el acervo hereditario, no es posible determinar si en el negocio jurídico aquí demandado el donante donó más de lo que le estaba permitido.<sup>15</sup>**

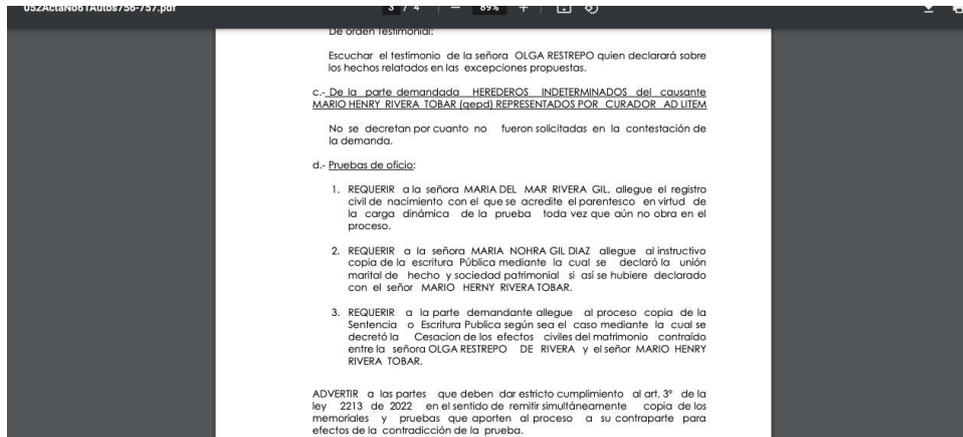
Y es que como no se ha abierto trámite de la sucesión en el que los legitimarios incluyeran en los respectivos acervos imaginarios todos los bienes del causante: no sólo los donados a mis representadas, quienes ocupan la posición de compañera permanente e hija, sino de los que el causante renunciara en la liquidación de la sociedad conyugal en favor de su cónyuge y los hoy demandantes, hijos del primer matrimonio, para la cual existían sus dos hijos extramatrimoniales MARIA DEL MAR RIVERA GIL (1981) hoy demandada Y JOSE LUIS RIVERA GIL (1983) q.e.p.d.

Así que en este proceso no se tiene y en efecto no puede tenerse esclarecida la masa herencial, en que como en derecho corresponde: El 50% son gananciales y el otro 50% a los herederos, pero obviamente de todos los bienes no solo de los donados, la mitad es de libre disposición es decir el 25%; queda un 25% y es la de repartir entre los legitimarios. Hay 3 hijos del primer matrimonio y 2 de su segundo hogar así que sería el 5% a cada uno y ese porcentaje solo puede aplicarse si se tuviese esclarecida la masa herencial en el proceso que la ley tiene determinado para ello y que no es éste.

No puede ser de recibo que se declare ineficaz el negocio jurídico de donación indicando que los bienes donados (todos) deben INGRESAR A LA MASA HERENCIAL y no deje a salvo

Mg. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho procesal civil. Uniexternado de Colombia

los derechos de los demás, inclusive llamó la atención cuando la señora Juez decretó de oficio unas pruebas:



Se creería que era para determinar cómo salvaguardaría los derechos de unos y otros.

Con ello, en verdad consideramos que se ha vulnerado el debido proceso, así que si la juez de instancia resolvió fallar de fondo accediendo a las pretensiones, en el análisis que de manera individual y de conjunto conforme a las reglas de la sana crítica dijo haber realizado, ninguna consideración tuvo respecto de la calidad de doña Nohora Gil, para dejar a salvo su derecho al 50% y sobre el cual ya tiene en su patrimonio, así mismo dejar a salvo el otro 50% el causante podía donar hasta el 50% por tanto dejar a salvo tal porcentaje en cabeza de mis mandantes.

Pero obviamente no lo hizo, porque esta cuerda procesal no permite establecer las afectaciones de ninguno. No permite a las partes ni al juzgado adentrarse en esa liquidación; sin embargo, decide sostener que: *la donación afecta ostensiblemente los derechos de los demandantes* y resuelve despojando a mis representadas de derechos que deben mantenerse incólumes, pero que no pudo hacerlo, porque **en esta cuerda procesal no contó con la demostración de qué fue lo donado en exceso**. Ello me conduce al siguiente:

### **REPARO NUMERO 6. NO SE ENCUENTRAN DEMOSTRADOS LOS SUPUESTOS DE HECHO QUE DIERAN PASO A RESCINDIR LAS DONACIONES PORQUE NO SE ESTABLECIÓ EL EXCESO PARA DEMOSTRAR AFECTACIÓN A LAS LEGITIMAS RIGUROSAS.**

Para efectos de establecer el litigio se tuvo presente que los hechos primero a quinto, fueron aceptados expresamente por la entonces apoderada de la parte demandada. **Más no el hecho sexto** que dice textualmente: *“La donación como acto jurídico dispositivo afecta*

Mg. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho procesal civil. Uniexternado de Colombia

---

*ostensiblemente los derechos de los herederos demandantes, razón por la cual es inoponible frente a las legítimas rigurosas de los demandantes dentro de la sucesión del causante señor MARIO HENRY RIVERA TOBAR”*

Y es que no fue aceptado por lo mismo, que, para la prosperidad de la pretensión de inoponibilidad frente a las legítimas rigurosas se torna imperativa la demostración de esa afectación y ello se logra a través del proceso sucesoral y sólo así pueden contar los demandantes con vocación para promover las acciones tendientes a llevar a la masa herencial la restitución del valor donado que efectivamente afecten sus legítimas.

Es decir, que un solo hecho en discusión, el sexto, por ello el litigio está centrado sobre ese hecho.

Si uno interpreta la demanda por más que se comparta o no, el norte de la pretensión es que se decrete la rescisión de la donación por ineficacia por inoponibilidad; argumento desarrollado a lo largo de la demanda y que es de resolver.

Así las cosas, no se puede aceptar que se encuentren cumplidos los requisitos legales para decretar la rescisión de la donación por ineficacia por inoponibilidad, **ni que el proceso verbal es el idóneo para establecer la vulneración de esas legítimas rigurosas**, ni que esté demostrado que las donaciones realizadas por el causante afectaron las legítimas de los demandantes dentro de la sucesión de causante.

**REPARO NUMERO 7. LA SEÑORA JUEZ, INADMITIÓ TAMBIÉN POR INSUFICIENCIA DE PODER Y SIN EMBARGO PROSPERARON LAS PRETENSIONES.**

Se inadmitió por haberse otorgado para demandar la *“ineficacia del contrato por inoponibilidad en las donaciones...”* *“y en las pretensiones se pide la rescisión de la donación otorgada en la escritura pública 2056 de 03 de julio de 2014 de la Notaría Segunda de Popayán.”*

En el escrito de subsanación la apoderada dice *“aclarar al despacho que la inoponibilidad es una forma de ineficacia que en el presente asunto trae como consecuencia la rescisión de los negocios (donaciones) celebradas por el causante.”* y solicita que fundado en los artículos 2, 11, 12, 13 y 14 del CGP (...) *“que en el evento de existir duda se atienda el querer del demandante;..”*

Se mantuvo la apoderada, pero es que la ineficacia por inoponibilidad nada tiene que ver con lo que se pretende: cual es la supuesta vulneración de legítimas por la donación.

No había forma de decretarse, porque los **argumentos de derecho sustanciales no son aplicables y los fácticos no tenían nada que ver con lo que dejó plasmado en la demanda.**

Mg. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho procesal civil. Uniexternado de Colombia

Así que la señora juez sin haber inventariado en el estadio procesal idóneo que es la diligencia de inventarios. Al margen de que sea o no en este, no demostró los supuestos de hecho de la norma que consagran el efecto jurídico que la demandante aquí persigue. Dicho de otra forma, debió haber demostrado en este proceso la afectación de las legítimas y no lo hizo porque no o tenía claro la acción que debía adelantar, ni las normas que le servían de sustento a su pretensión, luego de contera en los hechos de la demanda ninguno describe los supuestos necesarios para sacar adelante su pretensión.

### **REPARO NUMERO 8. LAS NORMAS INVOCADAS COMO CAUSALES DE LAS PRETENSIONES NO SON APLICABLES.**

**En el auto inadmisorio también se le señaló que indicara ¿cuál es la causal o causales que se invocan para solicitar la rescisión de las donaciones?** y advierte que *“debe hacerse a efectos de evitar posteriores irregularidades, y que el sujeto pasivo pueda ejercer eficazmente su derecho de defensa”*

En el escrito de subsanación la apoderada indica que *“corresponde a la inoponibilidad de las donaciones que afectan las legítimas de mis poderdantes.”* Adicionalmente indica que *“en la demanda se referencian los artículos 1155, 1226, 1239, 1741 y 1743 del Código civil que soporta las pretensiones; así como los referentes jurisprudenciales.”*

**De las normas invocadas como causales de la rescisión las siguientes no corresponden a causal alguna:**

**EL 1155 establece que los asignatarios a título universal son herederos.**

**EL 1226 define y clasifica las asignaciones forzosas:** Los alimentos que se deben por la ley a ciertas personas, La porción conyugal y las legítimas.

**EL 1239 define legítima rigurosa** como la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios y que los legitimarios son, por consiguiente, herederos.

**El artículo 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA<sup>6</sup>.** <sup>7</sup> Si bien se puede solicitar a la jurisdicción, la nulidad de un contrato de donación o de la escritura pública en que se ha hecho constar la donación; es el caso por ejemplo cuando se hace una donación sin la insinuación a que se refiere el artículo 1458 del C.C.<sup>8</sup>, no tiene cabida a la nulidad del contrato de donación aquí demandado.

**Es una forma de verificar que el donante no esté donando lo que no debe o más de lo que la ley le permite, y así prevenir actuaciones en fraude de los herederos,** por ejemplo. Toda escritura pública puede ser anulada cuando se cumplen y acreditan los supuestos por los que procede la anulación.<sup>9</sup>

**Anna Cristina Pito Polanco**  
Abogada T. P. 130715 del C. S. de la J.

Mg. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho administrativo. Universidad del Cauca  
Esp. Derecho procesal civil. Uniexternado de Colombia

---

No obstante, en este caso no se acreditó ninguna de las causales alegadas por la demandante, pese a que así fue requerido por la señora juez en el auto inadmisorio.

Ninguna corresponde a causal alguna para acceder a lo pretendido, considero respetuosamente que no podía invocar acertadamente ninguna normativa, porque no la tiene y el juzgado se lo advirtió, y no porque no dijera la norma sino porque no existe ninguna que le permitiera declarar la afectación de las legítimas sin haberse inventariado los bienes en el proceso sucesoral<sup>10</sup>. Sin embargo, la señora Juez accedió a lo pretendido, con fundamento en tales causales, sin existir prueba de la afectación.

Además, que, no corresponden a causal alguna para acceder a lo pretendido; considero respetuosamente que no se invoca ninguna normativa aplicable, porque no la hay y el juzgado así lo advirtió, y no porque no dijera la norma sino porque no existe ninguna que permita declarar la afectación de las legítimas sin haberse inventariado los bienes en el proceso sucesoral.

De esta forma dejo sustentado mi recurso de apelación, desarrollando los reparos concretos formulados contra la sentencia, tendientes a que sea revocada en el trámite de la alzada por el H. Tribunal Superior Distrito Judicial de Popayán.

Del H. Magistrado Ponente,



**ANNA CRISTINA PITO POLANCO**

C.C. 34.542.322 expedida en Popayán

T. P. 130715 del C. S. de la J.

[cristinapito2@hotmail.com](mailto:cristinapito2@hotmail.com)

3155861154