

HR RODRIGO LARA RESTREPO

PROYECTO DE LEY No ____ DE 2015 CÁMARA

Por medio de la cual se reforma y adiciona el código civil

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1°.- 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 2° - El artículo 1226 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1226.- Asignaciones forzosas son 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.

Asignaciones forzosas son:

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

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

“Artículo 1240 – Son legitimarios:

- 1 - Los descendientes personalmente o representados
- 2 - Los ascendientes.”

Artículo 4° - 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 y 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 5°.- 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 6° - 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.”

HR RODRIGO LARA RESTREPO

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, principiando 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 legitimario 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 9º 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.

Artículo 10º - 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 2º. “

Artículo 11º - 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 2º, todo ello sin perjuicio de cualquier otro objeto de libre disposición, a que el difunto las haya destinado.”

Artículo 12º - 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 13º.- El artículo 1256 del Código Civil quedará así:

“Artículo 1256.- Todos los legados, 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.

HR RODRIGO LARA RESTREPO

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 14º - 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”.

Artículo 15º.- 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 16º.- 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 17º.- 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 18º - 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 19º - 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.”

HR RODRIGO LARA RESTREPO

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

“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° - Deróganse 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 4 UAF, no será aplicable el régimen de legítimas.

Artículo 23°.- Esta ley entrará a regir a partir del 1º 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.

Cordialmente,

Rodrigo Lara
Representante a la Cámara

HR RODRIGO LARA RESTREPO

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

“La ley natural manda a los padres que alimenten a sus hijos, pero no que estos sean sus herederos.”

Montesquieu, *EL ESPIRITU DE LAS LEYES*, Cap. VI (“El orden de las sucesiones depende de los principios del derecho político y civil, no de los principios del derecho natural”), Libro XXVI (“De las leyes, en la relación que deben tener con el orden de las cosas que estatuyen”)

“Me sorprende que los publicistas antiguos y modernos no hayan atribuido a las leyes sobre las sucesiones una gran influencia en la marcha de los negocios humanos. Esas leyes pertenecen, es verdad, al orden civil; pero deberían estar colocadas a la cabeza de todas las instituciones políticas, porque influyen increíblemente sobre el estado social de los pueblos, cuyas leyes políticas no son más que su expresión.”

Tocqueville, *LA DEMOCRACIA EN AMÉRICA*, Cap. III (Estado social de los Angloamericanos”) Primera parte.

INTRODUCCIÓN

Las asignaciones testamentarias forzosas reducen a un nivel mínimo la libertad de testar. Un testador, que desee dejar sus bienes a determinados familiares o a quienquiera sea su ser más querido, se lleva la sorpresa al comprobar que la propiedad de lo que ha ganado con el esfuerzo de muchos años está gravemente restringida, que esta debe ser fraccionada en virtud de las legítimas, y que apenas puede disponer libremente de una cuarta parte de la masa sucesoral. Nuestra ley de sucesión, que proviene del código civil francés de 1804, establece la ley del reparto igual de la mitad de los bienes herenciales, sistema que en razón del principio de la igualdad entre los hijos, termina con el paso del tiempo dividiendo, fraccionando - y por consiguiente - disminuyendo los bienes de la herencia.

Cuando los individuos, no sus familias ni sus grupos clánicos, toman decisiones importantes sobre el matrimonio, la propiedad y otros asuntos personales, se puede decir que estamos ante una sociedad moderna que se define así misma por el individuo. El individualismo en la familia es el fundamento de las demás libertades individuales. Y una de esas libertades - sinónimo de modernidad - es la disposición post mortem de los bienes obtenidos en vida.

Las leyes de herencia no son derechos fundamentales ni principios sagrados inmutables. Su origen es el derecho positivo y obedecen al sentido de solidaridad social de una época en determinado país. No son principios universales y en ninguno de los países occidentales en donde se han desarrollado los grandes modelos de leyes de sucesiones han sido consideradas derechos naturales. En particular, son normas, como señala Durkheim (1893), explicativas de los vínculos de solidaridad que marcan a una sociedad. Por ejemplo, en el caso del código civil francés, el propósito al consagrar la igualdad de los hijos en la repartición de la herencia no fue el de apoyar la familia como tampoco de enaltecerla como solio de la sociedad; su finalidad fue política y revolucionaria, al 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 régimen¹

¹ Weber, Max. (1922). Economía y sociedad.

HR RODRIGO LARA RESTREPO

Esta iniciativa de ley propone ampliar la libertad de testar, reduciendo las legítimas a una cuarta parte de la masa sucesoral y elimina la cuarta de mejoras, a fin de dejar de libre disposición las tres cuartas partes de los bienes, sin perjuicio de la porción conyugal y de los alimentos que se deban por ley. Se establece una excepción a esta norma, en lo que tiene que ver con pequeña propiedad rural; a fin de evitar la excesiva fragmentación de la tierra en microfundios, se eximen las sucesiones testadas de predios rurales de extensión inferior al equivalente de cuatro Unidades agrícolas familiares (UAF) del régimen de legítimas, con lo que quedan en libertad de testar sin perjuicio de la porción conyugal y de los alimentos que se deben por ley.

Varias preguntas nos llevaron a presentar esta iniciativa legislativa:

- ¿La ley de reparto por igual es un derecho fundamental?, ¿Qué tipo de razones pueden justificar su reforma?
- ¿Cómo impedir que al cabo de una generación las hectáreas de tierra que piensa repartir el gobierno a los campesinos más pobres como resultado de una reforma agraria, terminen de nuevo en pocas manos?
- ¿O cómo evitar que las propiedades agrícolas se sigan fraccionando en microfundios, sinónimo de miseria rural y de informalidad en la tenencia de la tierra?
- ¿Qué efectos tiene la ley de reparto por igual sobre la asignación eficiente de los activos de las familias, especialmente cuando estos están constituidos por pequeñas empresas?
- ¿Cómo adaptar las leyes de sucesiones a las nuevas realidades de la familia en Colombia?
- ¿Más libertad de testar fortalece la unidad de la familia nuclear? ¿Cómo adaptar la ley de sucesiones a los nuevos vínculos de solidaridad familiar?

De esta forma, explicar las normas de sucesión requiere de un enfoque multidimensional: político, económico y civil. Esta es una norma de derecho positivo con variados órdenes de justificación. Ahora bien, de las instituciones económicas y políticas de cada sociedad dependerá cuán dañino o beneficioso resulta en términos económicos las legítimas.

Para responder a estos interrogantes, esta exposición de motivos se divide en cuatro secciones. En una primera, describimos con mayor detalle la actual legislación sobre libertad de testamento. Posteriormente, hacemos una aproximación de los órdenes de justificación que ha tenido la ley de sucesiones en el derecho comparado. En este sentido, exploramos las implicaciones que tiene la libertad de testamento sobre las estructuras sociales e instituciones económicas y políticas. Para ello, realizamos unas breves reflexiones sobre las implicaciones del reparto por igual en materia de tierras y de las pequeñas empresas familiares, para enseguida explicar la pertinencia de la ley de reparto por igual respecto de las nuevas realidades familiares. En una segunda parte, profundizamos en el estudio de la propiedad agrícola en Colombia, para demostrar la importancia de la libertad de testar en la configuración de un sector agropecuario más dinámico, moderno y justo.

EL CÓDIGO CIVIL Y LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS FORZOSAS

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 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 ciertas deducciones² y las agregaciones previstas en los artículos 1243 a 1245, *“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.

PRIMERA PARTE: LOS ÓRDENES DE JUSTIFICACIÓN DE LAS LEYES DE HERENCIA

1) LA LEY DE HERENCIA SE PLASMA EN EL DERECHO POSITIVO, COMO EXPRESIÓN DE REALIDADES ECONÓMICAS, POLÍTICAS Y CIVILES

A) VALORES QUE SE CONTRADICEN Y SE ARTICULAN: CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD Y EL MERITO

La ley de sucesiones se refiere a valores centrales de la sociedad liberal-burguesa: la concepción de la libertad individual, el sentido de la obligación de solidaridad, el principio de igualdad y el rol del mérito en la consecución de riqueza (Beckert, 2007). Esto pone de relieve un problema central en las diferentes concepciones de sociedad debido a que los valores deseables en términos de su consecución son múltiples, sin embargo, y en muchos casos, contradictorios: *“Estamos condenados a elegir y cada elección supone una pérdida irreparable”* (*The Pursuit of the Ideal, Isaiah Berlin. 1991*).

En primer lugar, la emancipación del individuo de las formas tradicionales de asociación y de propiedad colectiva, como resultado del desarrollo económico y cultural de la modernidad, llevó a una interpretación de la sociedad con un sentido mucho más individualista³. Esto, a su turno, implica de forma consistente que el propietario puede disponer libremente a quien transferirle sus propiedades después de la muerte.

² 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.

³ Weber, Max. (1922). Economía y sociedad.

Por medio del testamento, la última voluntad, el testador especifica quien se convertirá en dueño de sus propiedades y en que 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. En suma, la contradicción radica en el hecho que para determinar la posición económica de una persona importa más lo heredado que el esfuerzo realizado. Esto entra en contravía de las promesas de una economía liberal de mercado, donde el trabajo honesto y la educación representen los principales mecanismos de ascenso social.

De esta forma, la institución de la herencia que se contradice con la concepción del trabajo duro como mecanismo para el progreso social y económico. La propiedad heredada llega al heredero sin esfuerzo, solo a través de la muerte de una persona; al menos en principio no es el fruto del trabajo sino del azar.

En este sentido, cabe preguntarse sobre la importancia de la herencia en lo relativo a la desigualdad del ingreso en las sociedades actuales. En su aclamado libro, *El Capital en el Siglo XXI*, Thomas Piketty (2014) señala que la herencia ha jugado un rol determinante en los procesos de acumulación de capital de los diferentes países. En últimas, concluye que la acumulación de capital es especialmente explicada por la herencia y no por el mayor ahorro de los individuos, lo cual pone a un importante grupo de la población en ventaja únicamente explicada por el esfuerzo que realizaron sus antecesores.

En el caso particular de Colombia, el panorama no es tan alentador, pues la posibilidad de ascender en la escala económica y social es reducida. De acuerdo con los datos de la Misión de Movilidad, la probabilidad para que un individuo de la familia con los menores ingresos del país pueda ascender y ser parte de la familia con mayores ingresos es solo del 7%, o sea que con 93% de probabilidad fallara en el intento. En tanto, un individuo que crece en una familia de clase media tiene una mayor probabilidad de descender en la escala social que ascender. De esta forma, la herencia juega un rol determinante en la perpetuación de los privilegios sociales y concentra el capital de una generación a otra, con lo cual entra en contravía de la distribución de la riqueza basada en el mérito y el esfuerzo individual.

B) EL DESARROLLO DE LA FIGURA EN FRANCIA, ALEMANIA Y ESTADOS UNIDOS

Estas contradicciones respecto de las leyes de herencia han sido objeto de debate en varios países. Por eso profundizamos la discusión de estos argumentos analizando la situación de estas leyes en tres países: Francia, Alemania y Estados Unidos. El sociólogo alemán Beckert (2007), en un profundo estudio sobre las leyes de sucesión en estos tres países nos permite conocer cómo el derecho positivo ha resuelto estos dilemas.

- **FRANCIA**

La Revolución Francesa introdujo un principio cuasi sagrado de igualdad en la ley de sucesiones. Las reformas a la ley de herencia en 1804 se hicieron con el fin de alterar las estructuras familiares y de abolir el mayorazgo como fundamento de la continuidad de las familias aristocráticas del antiguo régimen. Para Max Weber, la eliminación de la libertad de testar en la Revolución Francesa tuvo una motivación política dada la necesidad de destruir las bases agrarias del poder de la vieja aristocracia. Se esperaba que con la reducción del número de grandes propietarios, gracias a las nuevas leyes de herencia, se llegara a una

distribución más equilibrada de la tierra, y por consiguiente a una mejora de las condiciones materiales de los campesinos jornaleros.

En los debates del código civil de 1804, la limitación de la libertad de testar no fue un asunto de controversia. La discusión giró esencialmente sobre la extensión de esta limitación. La solución adoptada consistió en determinar la parte de la “*quotité disponible*” (libre asignación) de acuerdo con las circunstancias familiares del testador. Con un solo hijo, el testador puede disponer de la mitad de la masa sucesoral, con dos hijos puede disponer de dos terceras partes y con tres hijos de una cuarta parte. Si el testador no tuviere hijos, pero si ascendientes, la franja de libre asignación oscila entre medio y una cuarta parte, como rezan los artículos 913 y 914 del código civil.

Como puede observarse, durante el período revolucionario y napoleónico, los derechos individuales del testador son restringidos con el fin de implementar el objetivo político de tratar a los hijos de forma igualitaria, y de impedir la aglomeración del poder a través de la concentración dinástica de la riqueza. En otras palabras, en la Francia revolucionaria, el Estado decretó la distribución de la riqueza en el seno de las familias como un fin de supra ordenación de la sociedad, como un ejercicio de ingeniería social.

A pesar de múltiples intentos a lo largo del siglo XIX de modificar estas normas y de ampliar la libertad de disposición de los bienes, no fue posible reformar el principio de repartición igualitaria. Hubo que esperar hasta el siglo XX para ver cambios en las leyes de sucesión. En 1938 se introdujo la figura de la atribución preferencial, conforme a la cual por solicitud expresa de los herederos, se establece la posibilidad de transferir la propiedad indivisa a uno de ellos, y de pagar en dinero la parte a los demás. Esto con el fin de lograr la cohesión económica de los bienes. Estos cambios pueden ser interpretados como un compromiso entre el principio de igualdad y el principio de libertad, teniendo en cuenta las consecuencias económicas de la división de los bienes inmuebles o de la riqueza industrial.

En resumen, la repartición igualitaria entre hijos es un principio cuasi sagrado del derecho civil francés, mas no es un derecho fundamental ni nada que se acerque a una expresión de derechos naturales. El origen de esta figura es político, y se basó en una concepción de la propiedad privada orientada hacia el bien común. El objetivo político consistió en prevenir una excesiva concentración del poder económico que pudiera crear alternativas de poder a la nueva república revolucionaria.

- **ALEMANIA**

En el siglo XIX se consolida en Alemania una tendencia que justifica la ley de sucesiones desde una perspectiva del clan y de la familia. A diferencia de Francia, no fue el principio de igualdad material el punto de referencia, sino la protección de la familia como fundamento moral de la sociedad. Sectores críticos de la libertad de testar durante el siglo XIX, rechazaron la libertad de disposición por tratarse de un elemento contrario a la tradición jurídica germánica. Esta última, declara automáticamente a los descendientes como herederos, y no conoce de la disposición individual sobre la propiedad. Las referencias al derecho germánico por consiguiente justifican las leyes de sucesiones en el derecho de las familias. Los fundamentos morales del derecho sucesoral son el fortalecimiento de la familia como base moral de la sociedad, como baluarte de un excesivo individualismo. El código civil alemán de 1873, a diferencia del código francés, no estableció un porcentaje de libre disposición en el testamento.

Por el contrario, se definió un porcentaje fijo al cual tienen derecho todos los legitimarios a pesar, inclusive, de haber sido excluidos en el testamento o de si su parte asignada en el testamento es menor al porcentaje

HR RODRIGO LARA RESTREPO

previsto en la ley. Los legitimarios, es decir los titulares del derecho a heredar esa porción obligatoria, son el cónyuge, los descendientes, y a falta de estos, los padres. La porción de asignación obligatoria asciende al cincuenta por ciento de la masa sucesoral. Así, por ejemplo, si el testador tiene tres hijos que le sobreviven como también su cónyuge, bajo la ley francesa sólo dispone del 25% para asignar libremente, mientras que en la norma alemana esto asciende a 50%.

- **ESTADOS UNIDOS**

La libertad de testar nunca ha generado mayor debate en los Estados Unidos. Hoy, si un hijo es explícitamente desheredado, no tiene recursos legales sobre una porción de la masa sucesoral comparable con la reserva y la porción obligatoria alemana. La posibilidad de desheredar a los hijos constituye una de las particularidades más importantes del derecho sucesoral en los Estados Unidos. Sólo existe protección para el cónyuge, el cual tiene derecho a una porción obligatoria de la sucesión de (*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 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.

C) DERECHO COMPARADO

- HAY TRES SISTEMAS BÁSICOS EN ESTA MATERIA⁴:
- 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

⁴ Ver Hernández-Fierro María y Marta, *Panorama Legislativo Actual de la Libertad de Testar* (2010) disponible en <http://www.avd-zea.com/descargas/articulos/278.pdf>.

HR RODRIGO LARA RESTREPO

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).

- LA LIBERTAD DE TESTAMENTO EN EL MUNDO ANTIGUO

Si bien es cierto que las legítimas se remontan a la más remota antigüedad (aparecen, con diversos cambios de forma, en el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Juzgo, las Leyes del Toro y en las Siete Partidas de don Alfonso X El Sabio), ello no significa que se trate de normas de derecho natural. De similar familia eran entre nosotros las normas sobre hijos naturales que sin embargo fueron desmontadas en los últimos treinta años sin que con ello pueda argüirse que se violó algún derecho razonable. Lo propio puede decirse de las normas que limitaban la libertad contractual de las mujeres o las que les otorgaron derechos electorales. Hay aún entre nosotros memoria viviente de personas que conocieron normatividades distintas, y al menos tan rancias como la que establece las legítimas.

De hecho, en el derecho romano, en sus orígenes, se establecía la libertad de testar:

El desarrollo de la economía y de las formas de vidas que se produjo en los primeros tiempos de la República, erigió en principio dominante el de la libertad testamentaria en materia de sucesión. El testamento ofreció también desde muy antiguo la posibilidad de contener otras disposiciones del causante. Cuando el núcleo patrimonial no consistió ya en predios agrícolas, los romanos hicieron uso frecuente de la facultad de designar uno o varios herederos y de atribuir el patrimonio incluso a personas ajenas a la familia o de distribuirlo a su antojo. Esta autonomía del pater de dar a sus bienes el destino que mejor le pareciese para después de su muerte, fue en Roma la norma general y otorgó al testamento en aquella etapa, una innegable primacía sobre la sucesión intestada.⁵

Sin embargo, diversas disposiciones posteriores (la *lex Furia* Testamentaria, la *lex Voconia* y particularmente la *lex Falcidia*) establecieron restricciones a la libertad testamentaria y originaron el concepto de los legitimarios⁶. Pero muchos países, y no sólo anglosajones, siguieron reconociéndola. Así ocurrió con Alemania. Aún en España se estableció la libertad testamentaria en Navarra, Cataluña y Aragón.

- LA LIBERTAD DE TESTAMENTO ACTUALMENTE EN EL MUNDO:

En un reciente artículo en la prestigiosa publicación académica *American Economic Review* los autores Ellul, Pagano, & Panunzi (2010) construyen para 38 países, en los cuales está incluido Colombia, un índice de libertad de testamento. 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

⁵ Argüello, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano- Historia e Instituciones* (Editorial Astrea: Buenos Aires, 1981), 2ª edición, §186.

⁶ Petit, Eugéne, *Tratado Elemental de Derecho Romano* (Editora Nacional: México D.F. 1980, \$644.

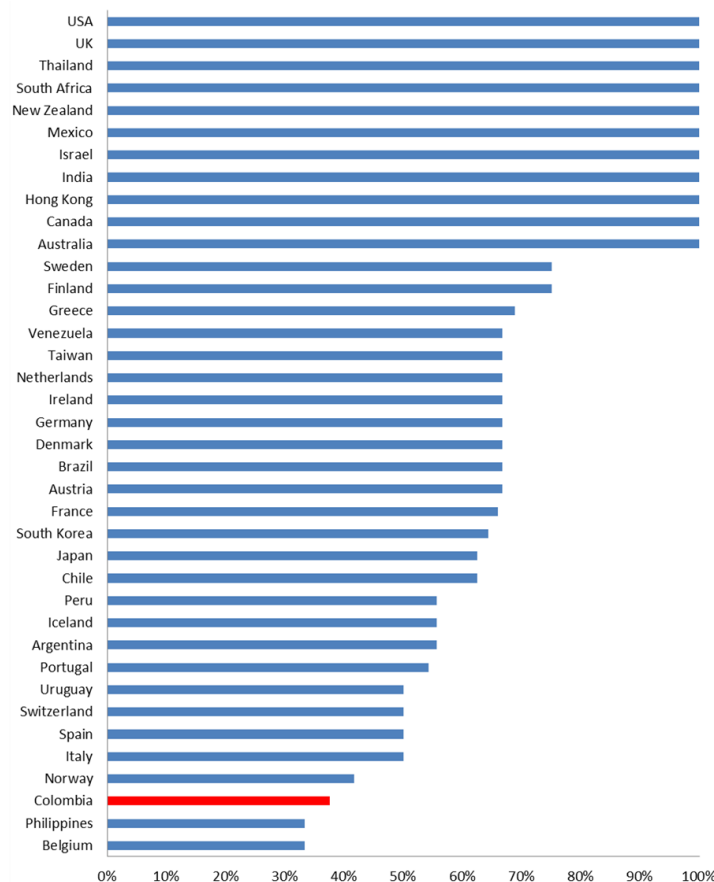
Urabayen, Leoncio, *Otro Tipo Particularista- El Habitante del Valle de Ezcabarte*. Disponible en <http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/riev/14094127.pdf>.

HR RODRIGO LARA RESTREPO

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 cuentan con un *"Common law"* es mayor la libertad de testamento, a diferencia de los países que cuentan con un *"Civil law"*. En promedio, el porcentaje de los activos que se le puede dejar a un solo hijo en los países con *"Common law"* es de 96%, mientras en los países con *"Civil law"* es del 54%. En el caso Colombiano, está fracción asciende a 38%, siendo entonces el tercer país con la menor libertad de testamento, únicamente superado por 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 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 1). Es evidente, en consecuencia, que en muchos países similares a Colombia existe la libertad testamentaria, y ello sin ocasionar dificultades y sí muchas ventajas. Ni en los países anglosajones ni en México y Centroamérica se han visto erosionados la unión familiar o el afecto entre consanguíneos por la supresión de las legítimas.

Gráfico 1: Índice de libertad de testamento



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

2. LOS EFECTOS TRANSFORMADORES DE LA LIBERTAD DE TESTAR EN MATERIA DE TIERRAS, EMPRESAS FAMILIARES Y SOLIDARIDAD FAMILIAR.

Los efectos económicos de las legítimas son disímiles. Estos dependen de las instituciones económicas y políticas de cada país. Por ejemplo, Alstona & Owen (1984) destacan que la aplicación diferenciada de las leyes de herencia en las colonias británicas de América del Norte implicaron diferentes trayectorias de desarrollo económico, en particular en lo relativo a la eficiencia económica agrícola y la configuración demográfica. Por su parte, Kuran (2004) señala que las restricciones en la libertad de testamento que existían en los países del medio oriente fueron factores que limitaron el desarrollo económico de esa región. Estas limitaciones, como la ausencia en la ley islámica del concepto de una sociedad anónima, fueron cuellos de botella para la inversión privada.

Existen dos perspectivas con respecto a las implicaciones económicas de las restricciones de la libertad de testamento. La primera señala que la obligatoriedad en la distribución de la riqueza entre los hijos implica una asignación ineficiente de los recursos. Esto reduce el bienestar social y la riqueza de la sociedad en general. De una parte, debido a que el fraccionamiento de los activos de una familia impide la obtención de mejores resultados económicos dado que imposibilita la adopción de economías de escala. Por ejemplo, una empresa puede verse restringida en aumentar su capacidad productiva debido a que no tiene la posibilidad de presentar un colateral para la obtención de mayores recursos en el mercado financiero. Asimismo, al existir obligatoriedad en la distribución de la herencia es bastante factible que esa distribución de los recursos no sea una asignación eficiente, puesto que pueden existir personas que aprovecharían mejor estos recursos o esos recursos serían más provechosos si se utilizaran en otro sector. De esta forma, las restricciones en la libertad de testamento le imponen a la sociedad un costo de oportunidad en términos de no sacar el mayor provecho a sus recursos.

Este es el caso por ejemplo de la herencia que reciben personas sin la suficiente capacidad profesional para sacar el mayor provecho a una empresa familiar a la cual se han hecho a cargo debido a la legislación y no al mérito propio, o por el contrario el caso en que una persona debe verse obligada a trabajar en la empresa familiar cuando podría aprovechar su capital humano en otras actividades más provechosas. Igualmente, corresponde al escenario donde el continuo fraccionamiento de la propiedad rural imposibilita al campesino obtener los suficientes ingresos para su subsistencia y la de su familia. Este el caso de los microfundios, propiedades menores a tres hectáreas, en donde el reducido tamaño de la propiedad rural imposibilita a las familias campesinas obtener ingresos suficientemente altos para salir de una situación de pobreza.

Una segunda perspectiva de la obligatoriedad en la división de las propiedades es que esta tiene consecuencias redistributivas y, que a la larga, esto es positivo para el devenir de la sociedad. Igualmente, permite corregir desigualdades de género. Por ejemplo, en sociedades donde las mujeres cuentan con menores derechos con respecto a los hombres, una legislación favorable en lo que respecta a la igualdad de género puede redundar en una mejora de bienestar para la sociedad. Este es el caso de la India, donde una modificación en la ley de herencia que equiparaba los derechos de hombres y mujeres implicó una mejora en la calidad de vida de las mujeres, en particular en sus niveles de capital humano (Deininger, Goyal, & Nagarajan, 2010).

En el mundo occidental ha habido tres grandes tipos de ley de sucesiones. Cada una de ellas se ha realizado con diferentes propósitos:

HR RODRIGO LARA RESTREPO

- i) En la aristocracia existía el derecho de primogenitura y las sustituciones, que le entregaba al hijo mayor la tierra y los honores de la familia, sin que este pudiera enajenarla, permitiendo que los bienes inmuebles pasaran de generación en generación sin dividirse. Esta legislación tenía como propósito mantener inalterada la estructura de la propiedad en cada generación.
- ii) Como herramienta del propósito revolucionario de 1789, el Código Civil francés perfeccionó en 1804 el modelo del reparto igual, sistema que, en virtud de la igualdad entre los hijos, termina con el paso del tiempo dividiendo, repartiendo y disminuyendo los bienes de una familia.
- iii) La ley norteamericana de herencia es un tercer modelo: los bienes se reparten por igual, pero solamente en caso de que la voluntad del muerto no sea conocida. Se entiende que cada persona tiene plena libertad para disponer de sus bienes por testamento o para legarlos y dividirlos en favor de cualquier persona. Esto es la libertad de testar.

Por eso, es importante ir más allá y abrir el debate sobre nuestra ley de sucesiones. Por algo, Tocqueville (1835) señalaba que: *“el legislador reglamenta una vez la sucesión de los ciudadanos, y puede descansar durante siglos”*.

A continuación se detallan las implicaciones de la legislación actual sobre el desarrollo rural y el devenir de las empresas familiares.

a) LA LIBERTAD DE TESTAMENTO Y EL DESARROLLO RURAL

El campo colombiano se ha desempeñado como uno de los sectores más relevantes a la hora de fomentar el crecimiento y desarrollo económico del país. Sin embargo, durante los últimos años su atraso relativo con respecto al área urbana y los continuos descontentos manifestados por los habitantes rurales han hecho cada vez más evidente una serie de dificultades de carácter histórico que han contribuido en el empeoramiento de sus condiciones sociales y económicas.

Dentro de los principales limitantes del sector se encuentran la sobreexplotación de la tierra, debido a una asignación ineficiente de la tierra. De esta forma, en Colombia existe una dualidad en términos de la distribución de la propiedad rural, pues existe alta concentración de la tierra (Gini de tierras de 0.86) y a la vez un gran número de pequeños propietarios, puesto que el 80% de los predios rurales son microfundios.

De igual forma, la propiedad de la tierra sigue siendo informal, de acuerdo con la OCDE (2015), cerca del 40% de las propiedades rurales no cuentan con derechos propiedad definidos. Esta alta informalidad se debe al sistema de tenencia de la tierra, el cual se soporta en el complejo marco legal, la debilidad del catastro rural y la falta de un mercado eficiente de tierras. Además de ello, los altos costos de transacción del proceso de formalización en los derechos de propiedad dificultan este proceso. Al preguntársele a los hogares rurales cuáles 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%). Es así, por ejemplo, que se observe en el sector rural la costumbre campesina de dejar las sucesiones ilíquidas o sin registrar, lo que hace que no se tenga certeza sobre los derechos de propiedad.

HR RODRIGO LARA RESTREPO

La existencia de un elevado número de microfundios y la alta informalidad de los derechos de propiedad tienen implicaciones para los pequeños productores. Estos se encuentran sujetos a una paradoja, pues si bien cuentan con un mayor nivel de productividad, tienen menores ingresos debido al reducido tamaño de la propiedad. Sumado a ello, la incidencia de la informalidad es mayor en los pequeños productores. Esta situación no permite a las familias salir de la pobreza extrema y, además, se encuentran en una trampa de pobreza pues no pueden tener los suficientes ingresos para realizar las respectivas inversiones productivas y, debido a la informalidad, no pueden acceder a programas estatales o al mercado crediticio.

El presente Proyecto de Ley es una iniciativa que beneficia a los pequeños productores pues permite romper la trampa de pobreza del microfundio al evitar el continuo fraccionamiento de la tierra y, a su vez, facilita la formalización de la propiedad rural. En este sentido, si bien el fraccionamiento no es el único factor de la compleja problemática del sector agrícola, evitar que se siga disminuyendo el tamaño de la propiedad si puede contribuir de manera importante a mejorar el uso agrícola de la tierra y la eficiencia en términos de productividad y de generación de ingresos. En suma, se busca fortalecer la pequeña propiedad, la que se encuentra sustentada en la agricultura familiar.

En la segunda sección se amplían las consideraciones en lo que respecta a las implicaciones de la actual legislación de sucesiones sobre el desarrollo rural. En particular, se pone en contexto la situación actual en la distribución de la propiedad, las características de los pequeños productores y los principales problemas que estos enfrentan, evolución del microfundio en el país y sus caracterización a nivel departamental y, por último, se compara a Colombia con diferentes países en términos de la sobreutilización de la tierra y las implicaciones en términos de peores indicadores de producción agrícola.

b) EMPRESAS FAMILIARES Y LA LIBERTAD DE TESTAR

La probabilidad de supervivencia de las empresas familiares se ve reducida en el momento del relevo generacional. Esto por varias razones: en primer lugar porque 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 firma. 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 que en el momento del relevo generacional varios indicadores del buen desempeño de una empresa se deterioran, entre ellos: rendimiento de los activos, relaciones-mercado-valor-contable y 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, señalan que las restricciones en la libertad de testamento reducen la capacidad de la empresa para prometer futuros flujos de ingresos a los financieros externos, lo cual limita su capacidad para financiar la inversión.

Los autores tomando en consideración el índice de libertad de testamento revisan si este tiene un 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

HR RODRIGO LARA RESTREPO

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.

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. 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.

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, que en su mayoría son 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, 2010). Sumado a lo anterior, en Colombia muy pocas empresas cuentan 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. Así, esta iniciativa legislativa 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.

c) LA LIBERTAD DE TESTAMENTO FORTALECE LA ESTRUCTURA DE FAMILIA NUCLEAR COMO TAMBIÉN SE ADAPTA MEJOR A LAS NUEVAS FORMAS DE SOLIDARIDAD FAMILIAR

- ¿CÓMO ADAPTAR LAS LEYES DE SUCCIONES A LAS NUEVAS REALIDADES DE LA FAMILIA EN COLOMBIA?

Las leyes de sucesión no producen efectos exclusivamente en aspectos económicos como la tierra. 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.

Desde un punto de vista individual, las herencias pueden estabilizar la situación material de la familia del testador. Sin embargo, 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 familiar, fortaleciendo así la unidad de la familia nuclear. La expectativa de heredar, así como cualquier transferencia inter-vivos, puede promover vínculos de solidaridad entre las generaciones y 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

HR RODRIGO LARA RESTREPO

ciento está casado y el 39 por ciento vive en relaciones consensuales, lo que representa el más alto porcentaje de todos los países estudiados. El fenómeno de las madres solteras es un factor asociado de pobreza y afecta sin lugar a dudas el desarrollo de los niños y su educación.

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, productos de matrimonios secuenciales y de las uniones de hecho o las familias conformadas por personas de un mismo sexo, están llevando a que sea cada vez más frecuente el fenómeno de las familias reconstituidas. Como resultado de esto, las familias tienen vínculos más amplios que el tradicional vínculo conyugal, lo que significa que existen nuevas reclamaciones de solidaridad entre estas nuevas formas de asociación familiar. En términos de sucesiones, estas nuevas reclamaciones de solidaridad deben ser reconocidas, lo que puede obtenerse otorgando al testador el mayor grado posible de libertad testamentaria.

▪ PROBLEMAS CAUSADOS POR LAS LEGÍTIMAS

Las legítimas son fuente de numerosos problemas. Estos son algunos de los principales problemas en lo que respecta la armoniosa convivencia de las familias:

Es común entre nosotros que las parejas con hijos adultos que no viven con ellos se enfrenten a la siguiente situación: cuando uno de los miembros de la pareja muere es necesario disolver la sociedad conyugal y realizar la sucesión del difunto, lo cual implica vender los bienes que de ella hacían parte, que usualmente incluyen apenas la casa de habitación y los muebles ubicados en la misma. El cónyuge sobreviviente, al verse obligado a abandonar su residencia, frecuentemente debe continuar en circunstancias bien disminuidas, teniendo en cuenta la dificultad que se presenta en ubicar inmuebles de condiciones similares pero de menor tamaño. Si no existieran las legítimas y las deducciones de ley no fueran significativas, en estos casos los cónyuges sobrevivientes (que usualmente son mujeres, más longevas) no tendrían que verse en estos aprietos.

Si una persona, habiéndose ocupado de la crianza y educación de sus hijos, llega a la senectud y, anticipando su desaparición, resuelve dejar todo o parte importante de sus bienes a una causa que le parece importante, como la educación, a través de legados a colegios o universidades, o la salud, mediante aportes a la investigación, o a la cultura, mediante contribución a museos o salas de conciertos, o a cualesquiera otras opciones lícitas y honorables, a menos que se trate de alguien sumamente solvente, se encontrará con una limitación de fondo: después de disolver la sociedad conyugal las tres cuartas partes de sus bienes ya tienen dueño. Usualmente lo que le quede para su libre disposición será de poca monta.

HR RODRIGO LARA RESTREPO

Otra circunstancia corriente es que si una persona no desea dejar sus bienes a sus descendientes por no tener un vínculo estrecho con ellos o por otras razones debe iniciar el proceso de desheredamiento a que se refieren los artículos 1266 del Código civil. Las causales son difíciles de demostrar⁷, y no parece razonable someter a alguien a tener que probar su ocurrencia para poder disponer de lo que, en últimas, le pertenece.

Esta situación ha sido identificada en otros países culturalmente similares al nuestro, como España:

“Una persona desea dejar sus bienes a otra que le cuida, pues sus hijos le visitan protocolariamente de vez en cuando, pero no asumen su cuidado y atención afectiva.

Una persona, a la que sus hijos ya mayores e independientes ni le ayudan en su negocio ni se interesan para nada por el seguimiento del mismo, quiero o designar libremente al heredero que continúe la empresa, o que sus bienes, obtenidos con el esfuerzo de muchos años, pasen a una institución que le recoja y atienda en su vejez; o simplemente constituir una fundación benéfica, dotándola con todos sus bienes.

Un padre viudo que es dueño de un negocio importante, tiene un solo hijo soltero, ya mayor, que no muestra el menor interés por el negocio, salvo el de retirar de sus beneficios una cantidad para vivir cómodamente. Pretende hacer testamento de modo que el hijo no pueda acceder a más de lo necesario para cubrir sus necesidades.

Una persona casada y sin hijos, cuyo patrimonio lo constituye la vivienda o el negocio conjunto, adquiridos con su esfuerzo, no puede dejárselos íntegramente a su cónyuge, pues la legítima de los ascendientes [sic, debe ser descendientes] se lo impide.

En todos estos supuestos, y, generalmente, casi siempre y en todo caso, los testadores se llevan una sorpresa al comprobar que la propiedad de lo que han ganado con el esfuerzo de muchos años está sometida a fuertes limitaciones, que la libertad de disponer de sus bienes está gravemente restringida, aunque la restricción sea en beneficio de sus parientes, pues el Código Civil impide a una persona disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, estableciendo un sistema rígido a través de las legítimas.”⁸

SEGUNDA PARTE: PROFUNDIZACIÓN SOBRE LOS EFECTOS ECONÓMICOS EN EL CAMPO DE LA LIBERTAD DE TESTAR

En esta sección se presenta una breve descripción del sector rural, poniendo especial énfasis de la situación de los pequeños productores. En particular, se pone en contexto la situación actual en la

⁷ Las causales, omitiendo textos declarados inexequibles, son las siguientes: 1. Por haber cometido injuria grave contra el testador en su persona, honor o bienes, o en la persona, honor o bienes de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes; 2. Por no haberle socorrido en el estado de demencia, o de destitución, pudiendo; 3. Por haberse valido de fuerza o dolo para impedirle testar; 4. Por haberse casado sin el consentimiento de un ascendiente, o sin el de la justicia en subsidio, estando obligado a obtenerlo (artículo 1266, Código Civil).

⁸ Victorio Magariños, *Análisis de la Libertad de Testar* (2005), publicado en:

<http://www.joaquincosta.org/wordpress/trabajos/libertad-testar/>.

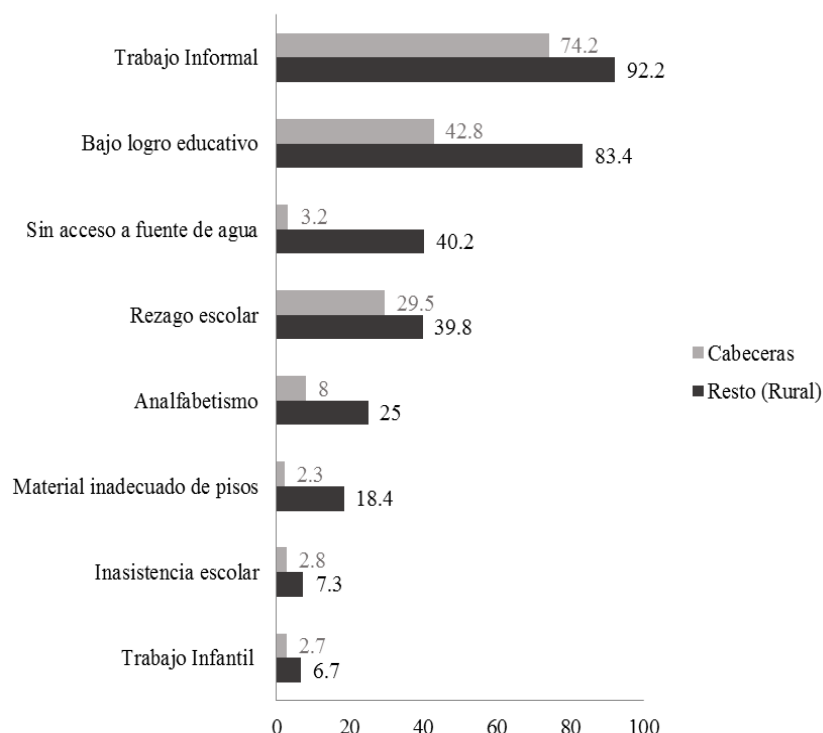
distribución de la propiedad, las características de los pequeños productores y los principales problemas que estos enfrentan, la evolución del microfundio en el país y sus caracterización a nivel departamental y, por último, se compara a Colombia con diferentes países en términos de la sobreutilización de la tierra y las implicaciones de ello en lo que respecta a los indicadores de producción agrícola.

a. UN DIAGNÓSTICO GENERAL

Los diagnósticos recientes sobre el desempeño de la agricultura en Colombia y las condiciones de vida de su población son preocupantes. Los indicadores muestran la deficiencia en la lucha contra la pobreza rural del país y el impacto reducido de los esfuerzos por garantizar una vida digna. Los recientes datos revelados por el DANE de pobreza muestran que este es el sector que necesita de mayor atención en los próximos años, pues allí la reducción en la pobreza se frenó y se presentó un aumento en la desigualdad, pues el ingreso creció mucho más en el grupo de hogares más ricos.

En el sector rural, cerca del 93% de la población se desempeña en el trabajo informal, lo cual genera inestabilidad en sus ingresos y que estos en su mayoría sean menores respecto al área urbana. Igualmente, el bajo logro educativo que afecta al 83,4% de la población es un indicador del acceso limitado que tienen los trabajadores campesinos a educación de calidad. Por otra parte, el 40% de la población ubicada en zonas dispersas no tiene acceso a fuentes de agua mejorada, mientras que en las cabeceras municipales esto sólo ocurre al 3% de su población. Adicionalmente, las condiciones sanitarias en el sector rural son aún precarias, si se tiene en cuenta que cerca del 27% de su población no cuenta con los mecanismos necesarios para eliminar desechos (Gráfico 2).

Gráfico 2: Indicadores de Pobreza Multidimensional (% de la población)



Fuente: Dane - Encuesta de Calidad de Vida.

De otra parte, el desempeño del sector agropecuario ha demostrado serias carencias en ámbitos tan relevantes como su competitividad, productividad y eficiencia. El sector ha presentado una disminución progresiva en su aporte al PIB, pues en el año 1965 representaba el 25%, mientras en 2012 ese aporte ascendió al 6%. Igualmente, su tasa de crecimiento en ese mismo periodo se ha ubicado por debajo del promedio latinoamericano (Junguito, Perfetti, & Becerra, 2014). Las tasas de crecimiento anual del valor de la producción agrícola desde 1990 han una tasa de crecimiento relativamente baja del 1,6% (OCDE, 2015).

Ante este panorama desalentador, en los años recientes se vienen realizando varios esfuerzos para comprender mejor su problemática. Dentro de ellos se encuentra: el Censo Nacional Agropecuario, trabajos académicos de instituciones como Fedesarrollo, revisión de las políticas agrícolas por parte de la OCDE y la creación de la Misión para la Transformación del Campo Colombiano. Los resultados de estos esfuerzos son un insumo de vital importancia para la consecución de políticas públicas que revitalicen al sector.

Al respecto, la Misión para la Transformación del Campo propone tres ideas como principios básicos que deben regir las políticas de desarrollo rural, esto con el fin de brindar las herramientas necesarias para el mejoramiento del sector y el aumento en la calidad de vida de su población:

- Un enfoque territorial participativo, que reconozca la pluralidad y a la población rural como gestora de su desarrollo.
- Inclusión tanto social como productiva de todos los habitantes rurales. Esta iniciativa propende por una visión de desarrollo integral, donde la población rural es vista como ciudadana del Estado Social de Derecho (Eliminar visión asistencialista/subsidios).
- Provisión adecuada de bienes públicos. Con ella, se busca facilitar un desarrollo competitivo y ambientalmente sostenible.

Si bien es cierto que una reforma estructural para el sector agrícola colombiano requiere una visión integral del campo y un trabajo conjunto que promueva y mejore cada elemento relevante en el sector (competitividad, productividad, eficiencia), una primera aproximación puede enfocarse en los pequeños productores, que permita un refuerzo de su estructura de producción, garantice mejores niveles de vida y se encuentre alineada con los objetivos generales de crecimiento y desarrollo económico de todo el país. Para ello, se deben complementar acciones que superen factores estructurales que no permita a los pequeños productores salir de situaciones de pobreza, de esto se trata la presente propuesta.

b. 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%

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

Del total de propiedades, cerca de un 45% son informales de acuerdo con el informe presentado por la OCDE. 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, Gáfar, & Zarruk, 2012).

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). Asimismo, varios hechos han potenciado este fenómeno, por ejemplo Ibáñez, Velásquez, & Helo, (2008) 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 sub-nacionales y iii) la presencia de cultivos ilícitos en la zonas de la frontera agrícola.

De otra parte, Ibáñez, Gáfar, & 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 (ELCA) 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%).

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).

Estos factores implican que los mercados de tierras en Colombia son bastante restringidos. No obstante, el mercado exhibe una importante dinámica, pues de acuerdo con datos de la ELCA, entre 2010 y 2013

cerca del 9% de los hogares adquirieron tierra. Los principales mecanismos de adquisición de predios son la herencia (44%) y la compra directa (49%). Estas transacciones se dan entre pequeños propietarios y cerca del 95% se hicieron entre amigos o conocidos. Este mercado está dictado por las personas cercanas al hogar pues por ejemplo un 32% de la compra de tierras se presenta entre productores de la misma vereda (ELCA, 2014). Igualmente, la compra y venta responde a factores negativos, por ejemplo para cubrir necesidades antes choques negativos climatológicos o de violencia.

c. 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 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 observan las limitaciones de los microfundios en la generación de ingresos, pues estos últimos cuentan con menores ingresos, con lo cual 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 toma 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 obtiene como ingresos mensuales lo relativo a un salario mínimo. Es por esto que alrededor de 374 mil cafeteros, principalmente pequeños, se encuentran en las categorías de Sisben I y II. Esto se explica

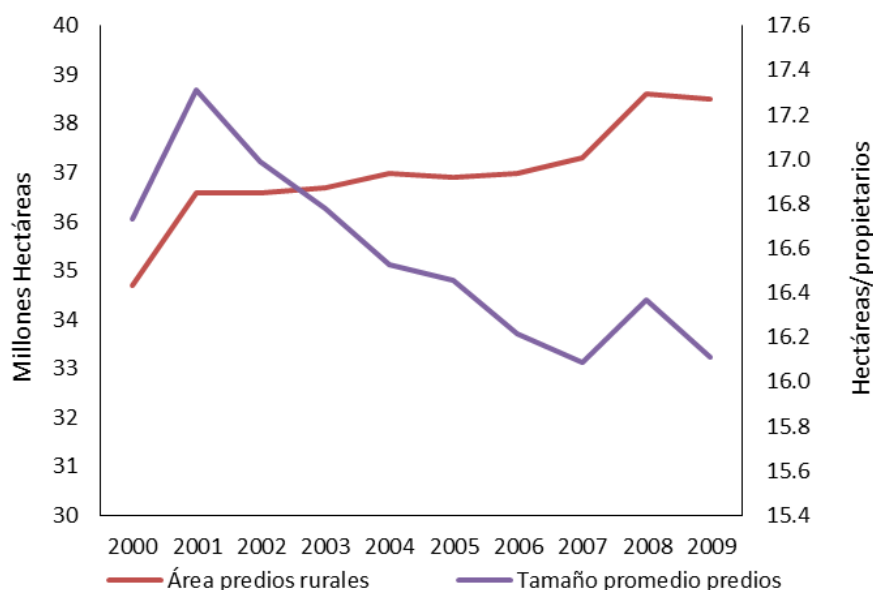
⁹ Con una productividad media un productor de una finca menor a tres hectáreas tendría una producción anual de 30 cargas, que valoradas a un precio promedio de 700 mil pesos, da como resultado un ingresos de 21 millones.

HR RODRIGO LARA RESTREPO

debido a la restricción en el tamaño de la propiedad no pueden generar los suficientes ingresos. De esta forma, Sarmiento (2013) señala que en promedio un caficultor percibe un ingreso mensual de 326 mil pesos, que tan solo representa el 56% del SMLV.

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 3). 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 3: Hectáreas de predios rurales y tamaño promedio de la propiedad rural



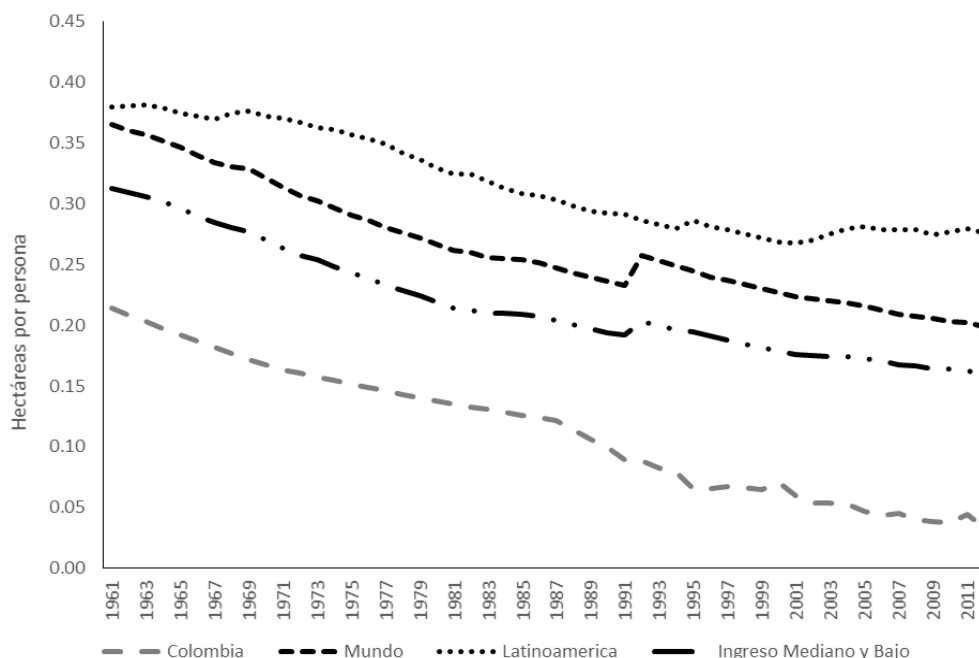
Fuente: IGAC, Atlas de propiedad rural.

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 4). 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. En el periodo 2006-2010, un tiempo muy corto, el área promedio de la propiedad cafetera se redujo en 16%, una cifra muy considerable en términos de las posibilidades de ingresos, e incluso departamentos con tradición cafetera se presentaron reducciones del 32%.

Gráfico 4: Tierras cultivables (hectáreas por persona)

AQUÍVIVE LA DEMOCRACIA

HR RODRIGO LARA RESTREPO



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 microfundio¹⁰ como el minifundio¹¹ 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 5 y Gráfico 6).

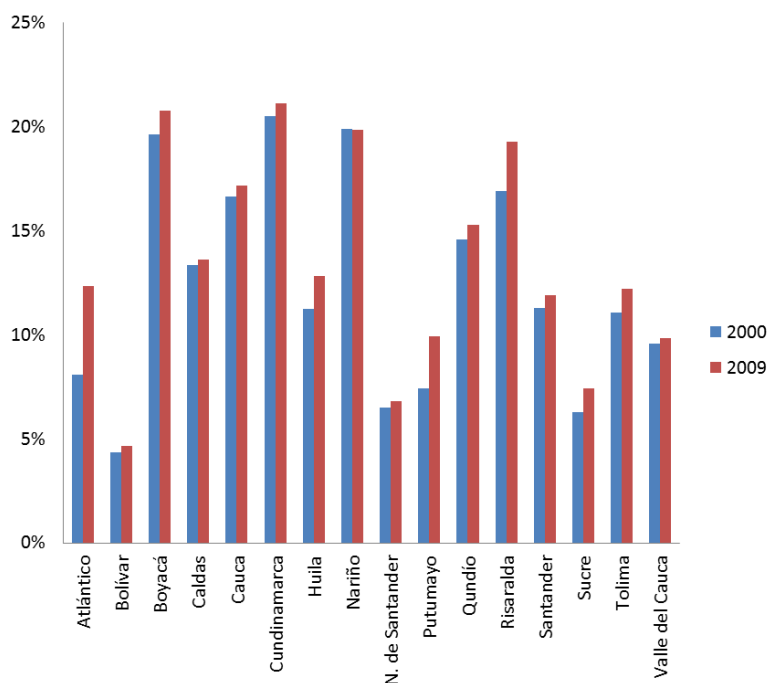
Sin pérdida de generalidad, en casi el total de departamentos el número de propiedades entre tres y diez hectáreas se incrementó, en particular en departamentos como Atlántico, Putumayo, Risaralda o Huila. Por su parte, los departamentos con el mayor número de minifundios corresponden a Cundinamarca (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.

¹⁰ 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.

¹¹ La categoría definida por el IGAC como minifundio corresponde a los predios entre 3 y 10 hectáreas.

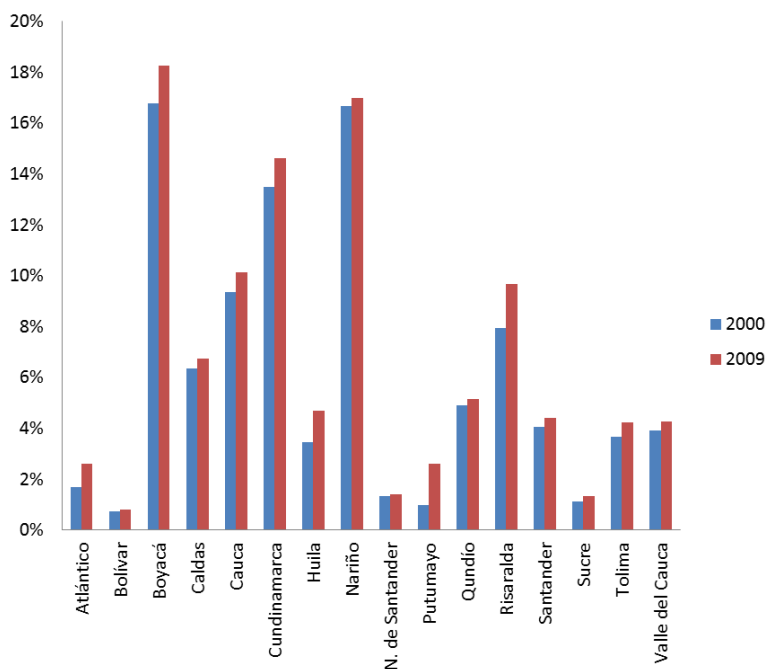
HR RODRIGO LARA RESTREPO

Gráfico 5: Porcentaje de minifundios del total de propiedades rurales



Fuente: IGAC, Atlas de propiedad rural.

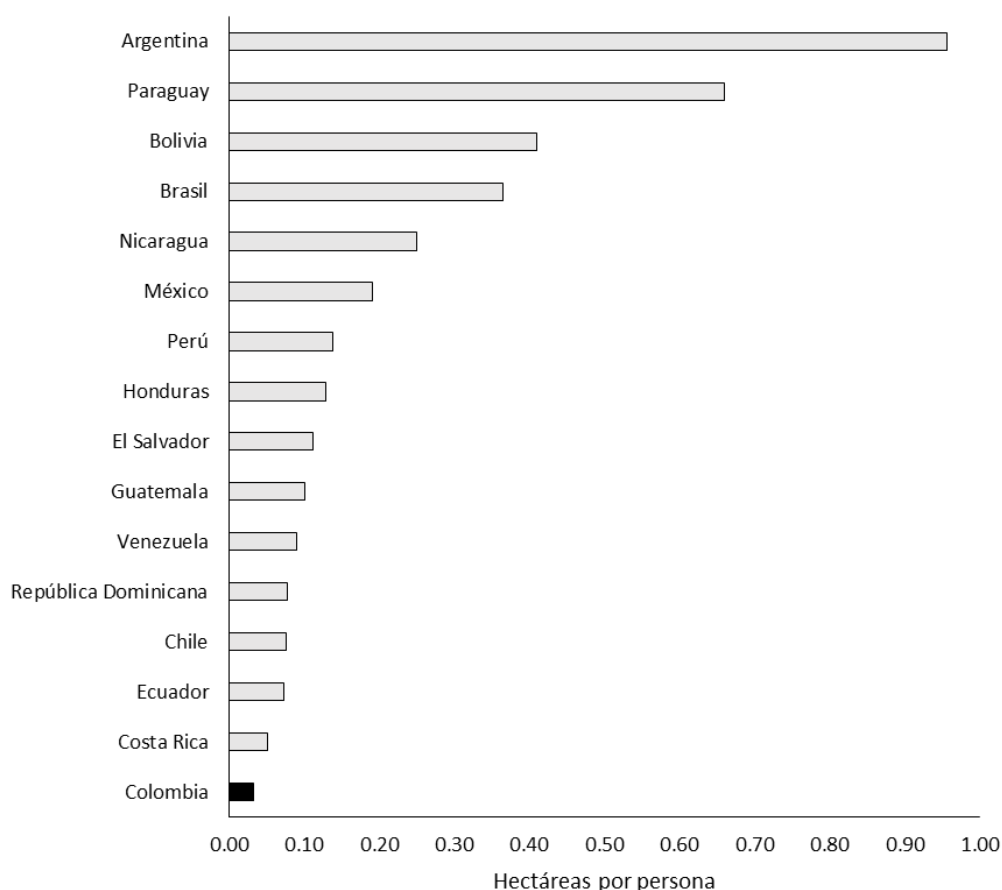
Gráfico 6: Porcentaje de microfundios del total de propiedades rurales



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 persona ¹² (Gráfico 4). 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 7). 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 7: Tierras cultivables en Latinoamérica (hectáreas por persona)



Fuente: Banco Mundial. Elaboración Propia.

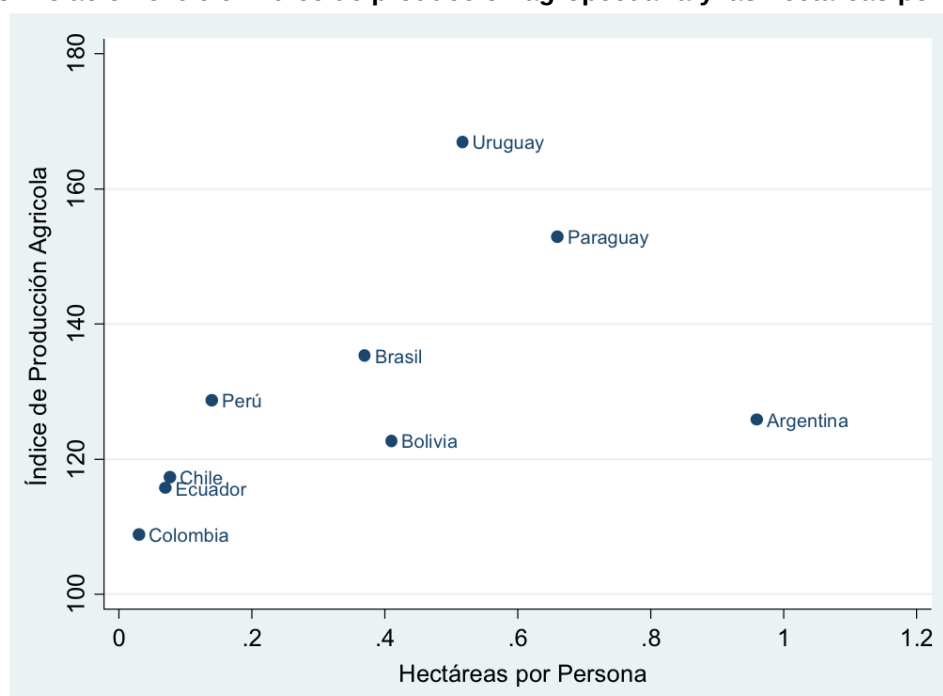
Esto crea importantes desventajas en términos de las oportunidades de Colombia para competir en los mercados internacionales y con las importaciones, esto en circunstancias en donde el país se ha dado cuenta que debe diversificar su canasta exportadora y no puede depender exclusivamente de los

¹² 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."

HR RODRIGO LARA RESTREPO

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 8). Por ejemplo, Colombia cuenta con valores similares a países sin ninguna vocación agrícola o que cuentan con importantes restricciones de su territorio. Este es el caso de Singapur, San Marino, Malasia, Jordania, Egipto, Barbados o Papua Nueva Guinea. Estos países han basado su desarrollo en otros sectores de la economía, diferentes al agrícola. Este no es el caso de Colombia que cuenta con importantes oportunidades para ello pero que falla en el excesivo fraccionamiento, alta informalidad en los derechos de propiedad y poca utilización de la tierra productiva.

Gráfico 8: Relación entre el índice de producción agropecuaria y las hectáreas por persona¹³



Fuente: Banco Mundial. Elaboración Propia.

d. Un análisis de economía malthusiana

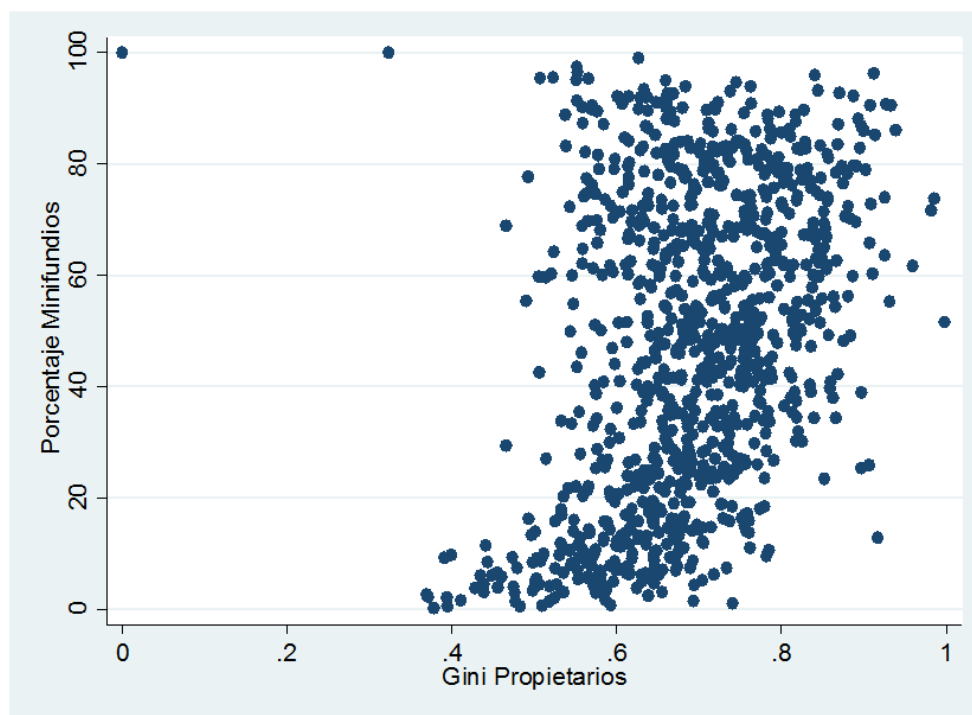
En el reciente informe de revisión de las políticas agrícolas de la OCDE se puso de presente la dualidad del sector rural, en el cual cohabitan unos pocos propietarios con grandes extensiones de tierra con un número elevado de campesinos con pequeñas propiedades. Al respecto, señaló la OCDE que la desigualdad 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 da como resultado que en los municipios colombianos con mayor

¹³ Los datos del índice de producción agrícola corresponden al año 2011, mientras los de tierras cultivables por persona al 2012.

HR RODRIGO LARA RESTREPO

proporción de microfundios, y entendiendo por ellos los predios que cuentan con una extensión de menos de tres hectáreas, la distribución de la tierra sea más desigual (Gráfico 9).

Gráfico 9: Porcentaje de Microfundios y Gini de Propietarios¹⁴



Fuente: IGAC, Atlas de la Propiedad Rural.

Esta característica del sector rural colombiano encaja con la descripción realizada por Fukuyama (2011) 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).

En este sentido, la ley de hierro de acumulación de riqueza explica las mejoras en el ingreso de los latifundistas por un proceso de acaparamiento que se autoreforza y se beneficia de la presencia de microfundios y minifundios. Es común que los pequeños productores, ante los limitantes para su sostenimiento debido a las pocas posibilidades en generación de ingresos y la poca claridad en los derechos de propiedad, se encuentren obligados a perder su propiedad, la cual será absorbida por el latifundista. Además, el propietario de un minifundio o microfundio no se encuentra en condiciones de

¹⁴ 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.

HR RODRIGO LARA RESTREPO

soportar un choque negativo del mercado como una caída en el precio o un choque climático, pues en últimas no tendrá la suficiencia económica.

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 (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.

Consideraciones finales

Las instituciones civiles, como también las instituciones políticas, deben ser medidas por su contribución en la definición de incentivos económicos. Los incentivos (positivos o negativos) son los mecanismos que tienen las instituciones para modificar el comportamiento de los agentes en cualquier campo. Las instituciones consideradas económicamente disfuncionales, anacrónicas y que se constituyen en un factor de atraso y de pobreza, deben ser revisadas.

Durante las discusiones del código civil francés de 1804, Napoleón Bonaparte, que utilizó la ley de reparto por igual para fraccionar la gran propiedad agraria del antiguo régimen, propuso que para la pequeña propiedad rural se autorizara una franja de libre disposición amplia en la sucesión, a fin de evitar su excesiva fragmentación. Una medida que finalmente no fue adoptada, pero que nos sirve para demostrar las consideraciones políticas y económicas subyacentes a esta reforma que luego Colombia importó en el código civil.

En 1869, Frédéric le Play, en el estudio que publicó bajo el título *La réforme sociale en France*, abrió un amplio debate sobre las consecuencias sociales y políticas de la ley de reparto por igual. Además de acusar al reparto por igual de destruir la familia nuclear ante la imposibilidad para el padre de usar el desheredamiento para disciplinar a sus hijos, señaló también que esta norma impedía el desarrollo económico; la fragmentación de la tierra impedía las economías de escala en la Francia de mitad de siglo XIX, y por ende decrecía los ingresos de los campesinos. La economía agrícola de pequeña escala era responsable de la baja productividad agrícola; factor que además impedía la movilidad social, estancando al campesino en el campo en condiciones de miseria, lo que por último llevaba la escasez de mano de obra en las ciudades, factor que habría explicado el arranque tardío de la revolución industrial en Francia, en comparación con su vecino el Reino Unido.

Ahora bien, los latifundios se rigen por una ley de hierro que consiste en su irrefrenable y permanente expansión. En economías agrarias extensivas, como las ganaderas, al no contar con adelantos tecnológicos que aumenten la productividad, la posibilidad de crecer la renta exige extender las dimensiones del latifundio; extensión que se encuentra con el microfundio, como lo vimos por lo general asociado con la propiedad informal de la tierra.

Por estas consideraciones, esta propuesta aborda desde una perspectiva diferente el problema del microfundio. Actualmente, es común afirmar, sin ningún matiz, que el microfundio es consecuencia del latifundio, debido a que el desarraigo del campesinado lo ha llevado a establecer economías de subsistencia en pequeñas parcelas. Esta afirmación implica que la única forma de frenar la fragmentación excesiva es la misma que frena el avance en la concentración de tierras, dentro de esta lógica se ha sugerido, con mucha razón, que la solución son las zonas de reserva campesina (ZRC), que buscan que en un área un propietario no tenga más de una unidad agrícola familiar (UAF) y que ésta sólo pueda ser enajenada a otro pequeño productor.

Este tipo de propuestas se quedan cortas en la difícil tarea de frenar el microfundio. En últimas, una reforma que le devuelva la tierra al campesino despojado violentamente y que proteja la propiedad democrática no evita por sí misma que el microfundio se siga reproduciendo con el paso del tiempo. De tal forma, que además de impulsar una reforma agraria que les devuelva la tierra a los campesinos despojados y que cree la ZRC para saldar la deuda histórica con el campo se queda corta, también deberíamos pensar en buscar soluciones a la pulverización de las UAF por efecto de la transmisión patrimonial entre generaciones.

El sector rural hoy en día se encuentra en el centro del debate público y las soluciones de los diferentes problemas que lo aquejan no deben presentarse desde una única perspectiva de política pública, sino que deben aprovecharse todas las herramientas al alcance. Esta iniciativa legislativa se enmarca dentro de esa perspectiva y busca mecanismos para hacer del sector rural un lugar donde los campesinos tengan plena certeza de sus derechos, opciones viables en términos económicos y sociales y garantía de contar con propiedades con plenos derechos de propiedad.

Este Proyecto incrementa el ámbito de la libertad testamentaria mediante la reducción de las legítimas forzosas a un cuarto de la masa sucesoral y la supresión de la cuarta de mejoras. Establece igualmente la libertad testamentaria cuando el activo principal de la sucesión sea un predio de valor menor a 4 UAF, con el fin de frenar la fragmentación de la propiedad de la tierra en zonas del país en las que prevalece el minifundio.

El Proyecto deja vigentes instituciones a proteger a terceros de las decisiones del testador, tales como las referentes a alimentos legales y a la porción conyugal. No se considera necesario incluir un texto específico que establezca que el testador debe dejar alimentos a quienes tengan derecho a ellos (tal como lo dispone el Código Civil Federal Mexicano en su artículo 1368 reformado en 2007) porque entre nosotros ello ya está previsto en el artículo 1268.1 del Código Civil, a cuyo respecto dijo la Corte Admirable:

“Una cosa es la incuestionable obligación legal del padre de alimentar a sus hijos y otra muy distinta que por sólo establecer la ley esa obligación haya de entenderse que en la sucesión del padre figuren asignaciones alimenticias. Según el Código Civil puede haberla por disposición testamentaria, y éstos son los alimentos voluntarios; y también los hay forzosos, que es a lo que atiende en su caso el artículo 1016, ordinal 4º; pero éstos son aquellos a cuyo pago ha sido condenado el causante en el juicio especial de alimentos. Concedidos por la vida del alimentario mientras subsistan las circunstancias que justificaron la demanda, en su caso (art. 422), tienen en la sucesión del causante el sello de lo forzoso (arts. 1226 y 1227)” (se resalta)¹⁵.

¹⁵ 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).

De otra parte, 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. Hoy, los hijos, a diferencia del momento en que redactamos nuestro código civil, no nacen en el seno de familias constituidas por el matrimonio; en la actualidad los niños son educados en su gran mayoría por madres solteras. Los matrimonios son secuenciales y los reagrupamientos familiares muy frecuentes. Es difícil saber si la libertad de testar nos permitirá fortalecer la familia tradicional, pero sí podemos afirmar que la libertad de testar se adapta a las nuevas formas de solidaridad familiar.

Bibliografía

- Alstona, L., & Owen Schapiro, M. (1984). Inheritance Laws Across Colonies: Causes and Consequences. *The Journal of Economic History*.
- Beckert, J. (2007). *Inherited Wealth*. Princeton University Press.
- Deininger, K., Goyal, A., & Nagarajan, H. (2010). Inheritance Law Reform and Women's Access to Capital: Evidence from India's Hindu Succession Act. *World Bank Policy Research Working Paper No. 5338*.
- Deloitte. (2010). Sucesión en la Empresa Familiar. *Boletín Gobierno Corporativo*.
- Deloitte. (2013). Riesgos dentro de las empresas familiares. *Boletín Gobierno Corporativo*.
- Durkheim, É. (1893). *La división del trabajo social*.
- ELCA. (2014). *Colombia en Movimiento 2010-2013*. Universidad de los Andes.
- Ellul, A., Pagano, M., & Panunzi, F. (2010). Inheritance Law and Investment in Family Firms. *American Economic Review*.
- Fukuyama, F. (2011). *The origins of political order*.
- 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*.
- Ibáñez, A., Velásquez, A., & Helo, J. (2008). La informalidad de los mercados de tierras en Colombia. *Informe final presentado a Midas*.
- Junguito, R., Perfetti, J., & Becerra, A. (2014). *Desarrollo de la agricultura colombiana*. Cuadernos de Fedesarrollo.
- Kuran, T. (2004). Why the Middle East is Economically Underdeveloped: Historical Mechanisms of Institutional Stagnation. *Journal of Economic Perspectives*.
- 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.

HR RODRIGO LARA RESTREPO

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

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

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

Schöpflin, M. (2010). Economic Aspects of the Right to a Compulsory Portion in the (French and German) Law of Succession. *Working Paper*.

Tocqueville, A. d. (1835). *La democracia en América*.

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

Weber, Max. (1909). *The Agrarian Sociology of Ancient Civilizations*.

Cordialmente,

Rodrigo Lara
Representante a la Cámara