

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA
PEREIRA – RISARALDA**

SC-0022-2023

ASUNTO : SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO - CIVIL
PROCESO : VERBAL – NULIDAD DE ACTOS JURÍDICOS
DEMANDANTES : HERMÁN R., PAUL B., MILLER G. VARGAS L. Y OTROS
DEMANDADAS : LYDA QUINTERO G. Y LUISA F. HINCAPIÉ Q.
PROCEDENCIA : JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA, RDA.
RADICACIÓN : 66001-31-03-003-**2016-00398-03**
TEMAS : NULIDAD – SIMULACIÓN - LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA
MG. SUSTANCIADOR : DUBERNEY GRISALES HERRERA
APROBADA EN SESIÓN : 248 DE 26-05-2023

VEINTISÉIS (26) DE MAYO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023).

1. EL ASUNTO POR DECIDIR

La apelación de la parte actora, contra la sentencia del día **01-04-2022** (Expediente recibido el día 23-05-2022), que definió la primera instancia.

2. LA SÍNTESIS DE LA DEMANDA

2.1. LOS HECHOS RELEVANTES. El 19-08-2014 el señor Víctor M. Vargas B. (q.e.p.d.) constituyó fideicomiso gratuito sobre varios inmuebles, a favor de las demandadas, con la escritura pública No.5964 de la Notaría 5ª del Círculo de Pereira, R., instrumento que tiene varios vicios, principalmente, que el otorgante dispuso de todo su patrimonio; ignoró las normas sucesorales, omitió dejar constancia sobre sus legítimos herederos. Ese negocio está viciado por objeto y causa ilícitos al contravenir, en su orden, los artículos 1520 y 1045, CC.

Al parecer en ese otorgamiento no medió su voluntad, dada su avanzada edad y delicado estado de salud, al punto de estimarse su falta de capacidad mental, pues siempre fue sensato, buen administrador y conservó esas heredades desde hacía tiempo atrás; incluso, había instado a su hijo Paul B., para que a su deceso se comunicara con la demandada Luisa F., que le dijo tendría instrucciones sobre su patrimonio.

Conforme al artículo 794 ss del CC el fideicomiso pretirió designar fiduciario y el constituyente se autonombró propietario fiduciario, deficiencia que afectó el acto jurídico, que en realidad es una donación fideicomisaria al infringir la insinuación notarial [Decreto 1712 de 1989].

El 28-12-2015 muere el señor Vargas B. y el 30-12-2015 las demandadas suscribieron la restitución y, posteriormente, el 16-02-2016 y 01-03-2016 constituyeron otros nuevos, una a favor de la otra (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1TomoI, pdf No.04, folios 7-12).

2.2. LAS PRETENSIONES. Principal. Declarar nulo de nulidad absoluta el fideicomiso civil contenido en la escritura pública No. 5964 de 19-08-2014.

Subsidiaria No.1º. Declarar que el referido negocio jurídico, es una donación fideicomisaria a título gratuito y, por ende, es nulo de nulidad absoluta.

Subsidiaria No.2º. Declarar la simulación relativa de ese instrumento público por ser una donación y, entonces, es nulo de nulidad absoluta.

Comunes a las anteriores súplicas: **(ii)** Declarar nulos de nulidad absoluta **(a)** La restitución de fideicomiso contenida en la escritura pública No.2853 de 30-12-2015 de la Notaría 1ª del Círculo de Cartago, V.; y **(b)** Los fideicomisos civiles constituidos en las escrituras públicas Nos.1177 de 16-02-2016 y 1534 del 01-03-2016, ambas de la Notaría 5ª de Pereira, Rda.

Subsidiarias No.3°. Declarar que los actos jurídicos de las escrituras públicas Nos.5964 de 19-08-2014, 1177 de 16-02-2016 y 1534 de 01-03-2016, todas de la Notaría 5ª del Círculo de Pereira, R. y la No.2853 de 30-12-2015 de la Notaría 1ª del Círculo de Cartago, V., son absolutamente inoponibles a los demandantes, en sus condiciones de terceros injustamente afectados, por la vulneración en sus derechos herenciales.

También, consecuencialmente a las peticiones principal y subsidiarias 1º, 2º y 3º, se ordene: **(iii)** Cancelar y anular las inscripciones y registros hechos en los inmuebles referidos en aquellos negocios; a las demandadas **(iv)** Restituir esos bienes a los actores; y, **(v)** Pagar los perjuicios, gastos y costos que deban cubrir los demandantes; así mismo, **(vi)** Condenar en costas al extremo pasivo (Sic) (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1TomoI, pdf No.04, folios 1-6).

3. LA DEFENSA DE LA PARTE PASIVA

3.1. LYDA QUINTERO G. Y LUISA F. HINCAPIÉ Q. Admitieron unos hechos, negaron otros y dijeron que no les constaban los demás. Explicaron que el señor Vargas B. estaba en buenas condiciones de salud y mentales, negaron cualquier distorsión de su voluntad al suscribir el fideicomiso. Se opusieron a las pretensiones y excepcionaron: **(i)** Inexistencia de causa u objeto ilícitos, o simulación; **(ii)** Buena fe de las demandadas; e, **(iii)** Ilegitimidad en la causa para demandar (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1TomoIII, pdf No.02, folios 126-143).

3.2. HEREDEROS INDETERMINADOS DEL FIDEICOMITENTE. Esta Sala dispuso integrar el litisconsorcio con ellos y los demás herederos determinados (Carpeta 02SegundaInstancia, carpeta 01C2Nulidad, pdf No.05), pero el juzgado al ordenar su comparecencia se dijo que estos harían parte del extremo pasivo (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1TomoIV, pdf No.13). Fueron representados por curadora *ad litem*, quien se atuvo a lo probado y no excepcionó (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1TomoIV, pdf No.66).

4. EL RESUMEN DE LA SENTENCIA APELADA

En la resolutive: **(i)** Denegó las pretensiones; **(ii)** Levantó las cautelas decretadas; y, **(iii)** Condenó en costas a los demandantes.

Expuso sin la claridad exigida la figura del fideicomiso conforme los artículos 793 a 822, CC e indicó que, cumplida la condición, esto es, el deceso del fiduciario también llamado propietario fiduciario, aquí el señor Vargas B., se restituyeron los bienes y por eso fracasaban las súplicas de nulidad absoluta.

Afirmó que tampoco hubo donación con cargo a un tercero o fideicomisario, razón para denegar el pedimento; e, igual suerte corría la inoponibilidad del fideicomiso frente a los demandantes, porque quien lo constituyó, gozaba de buena salud y capacidad mental según se advierte en su historia clínica y dijeron los testigos; de manera que la disposición de que sus bienes pasaran a las fideicomisarias a su deceso es irreprochable (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1TomoIV, pdf No.73 y enlace en pdf No.72, tiempo 00:52:45 a 01:03:50).

5. LA SÍNTESIS DE LA APELACIÓN

5.1. LOS REPAROS DE LOS DEMANDANTES. **(i)** Falta de motivación para desechar las pretensiones; **(ii)** Ausencia de argumentación sobre la simulación; y, **(iii)** Pretermisión de valoración probatoria (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1TomoIV, pdf No.74).

5.2. LA SUSTENTACIÓN. Según el Decreto Presidencial No.806 de 2020, los recurrentes aportaron por escrito, la argumentación de sus reparos en tiempo (Carpeta 02Segundainstancia, carpeta 03C5ApelaciónSentencia, pdf No.10). Se expondrán al resolver.

6. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA DECIDIR

6.1. LOS PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESAL. La ciencia procesal mayoritaria¹ en Colombia los entiende como los *presupuestos procesales*. Otro sector²⁻³ los denomina como en este epígrafe, pues se acompasa mejor a la sistemática procesal nacional. La demanda es idónea y las partes son aptas para intervenir. Ninguna causal de invalidación hay, que afecte la actuación.

6.2. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. En múltiples decisiones se ha dicho que este estudio es de oficio⁴. Diferente es el análisis de prosperidad de la súplica. Es presupuesto de las pretensiones para emitir decisión de mérito, es decir, resolutive de la postulación, que no de sentencia favorable. En este evento se satisface en ambos extremos.

Ha reiterado esta Magistratura que, para el examen técnico de este aspecto, es imprescindible definir la modalidad de la pretensión planteada, en ejercicio del derecho de acción, así se identificarán quiénes están habilitados, por el ordenamiento jurídico, para elevar tal pedimento, y, quiénes para resistirlo; es decir, esclarecida la súplica se determina la legitimación sustancial de los extremos procesales. Necesario, en este caso, examinarlas en forma separada, tal como fueron formuladas.

6.2.1. Nulidad absoluta. Pretensión principal. Se postuló frente al fideicomiso otorgado por Víctor M. Vargas B. (q.e.p.d.) en la escritura pública No.5964 de la Notaría 5ª del Círculo de Pereira, R., que designó fideicomisarias a las demandadas (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1TomoI, pdf No.03, folios 86-123); idéntica petición se propuso respecto de los actos jurídicos posteriores de restitución y los fideicomisos constituidos por las demandadas (Escrituras

¹ DEVIS E., Hernando. El proceso civil, parte general, tomo III, volumen I, 7ª edición, Bogotá DC, Diké, 1990, p.266.

² LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupre editores, 2019, p.781.

³ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo 2, ESAJU, 2020, 7ª edición, Bogotá, p.468.

⁴ CSJ, Civil. Sentencias: (i) 14-03-2002, MP: Castillo R.; (ii) 23-04-2007, MP: Díaz R.; No.1999-00125-01; (iii) 13-10-2011, MP: Namén V., No.2002-00083-01; (iv) SC -1182-2016, reiterada en SC-16669-2016. (iv) TS. Pereira, Sala Civil – Familia. Sentencia del 29-03-2017; MP: Grisales H., No.2012-00101-01.

públicas Nos. 2853 de 30-12-2015 de la Notaría 1ª del Círculo de Cartago y Nos. 1177 de 16-02-2016 y 1534 de 01-03-2016, ambas de la Notaría 5ª del Círculo de Pereira).

Por regla general están facultados para demandar la anulación no solo quienes fueron parte de la convención, sino todo aquel que tenga interés o pueda derivar un beneficio (2021)⁵ de esa declaratoria.

Aquí la parte demandada se integró con algunos de quienes acreditaron ser herederos del señor Vargas B. (Obran los respectivos registros civiles de nacimiento en carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1TomoI, pdf No.03, folios 2-6) y el extremo pasivo fue conformado por las fideicomisarias.

Esta sede con proveído del 09-03-2018 ordenó la integración del litisconsorcio necesario por activa con los demás herederos del causante (Carpeta 02SegundaInstancia, carpeta 01C2Nulidad, pdf No.05), así se acató al citar a doña Elsa Cecilia Vargas L. (Registro civil de nacimiento, carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1TomoIV, pdf No.12), quien cedió sus derechos herenciales a dos de sus hermanos y a Leslye M. y Katherine I. Vargas Duque, mismas que fueron reconocidas como cesionarias (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1TomoIV, pdf No.17, folios 4-52 y pdf No.18). También fueron notificados los demás herederos indeterminados. En suma, hay legitimación en ambos extremos.

6.2.2. Simulación absoluta y relativa. Pretensiones subsidiarias Nos.1º y 2º.

Se estima formulada la primera porque se alega que debe entenderse que el negocio jurídico celebrado mediante el aludido instrumento público es una donación fideicomisaria gratuita y no un fideicomiso *unilateral* de Víctor M. Vargas B (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1TomoI, pdf No.04, folio 2, pretensión subsidiaria No.1). Para esta Magistratura los actores carecen de legitimación para cualquiera de las modalidades de esta súplica, como pasará a explicarse, según la condigna ilustración dogmática que amerita el tema.

⁵ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, tomo 2, procesos de conocimiento, ESAJU, 2021, 3ª edición, Bogotá, p.285.

El objeto de la pretensión simulatoria es la declaración de que el acto o negocio jurídico acusado es ficticio y, por tanto, inexistente, por eso afirma la disciplina procesal que tiene la categoría de declarativa (2021)⁶. En palabras del profesor Ortiz Monsalve (2015)⁷ “(...) es la discrepancia consciente entre lo declarado y lo realmente querido, **proveniente de ambas partes a fin de engañar a terceros.**” (Negrillas a propósito).

Conforme decanta el precedente de la CSJ pueden promover la pretensión prevalente o simulatoria: **(i)** Las partes del pacto jurídico atacado como simulado⁸; **(ii)** El acreedor de uno de los contratantes cuando comprometa el patrimonio que le sirve de prenda general a las acreencias⁹; **(iii)** El cónyuge o compañero permanente cuando la sociedad conyugal esté disuelta o en trance de serlo¹⁰; **(iv)** El socio respecto de los actos dispositivos de la compañía¹¹; y, también está habilitado: **(v)** El heredero¹², siempre que tenga interés jurídico¹³⁻¹⁴.

Sobre la definición de este pedimento recientemente (01-07-2022), recordó el órgano de cierre de la especialidad (CSJ)¹⁵:

La acción (Sic) de simulación tiene por propósito develar la verdadera intención **DE LAS PARTES DE UN CONTRATO**, oculta de manera concertada tras un negocio jurídico aparente. En ese entendido, ha de existir una discordancia entre el pacto que podría percibir un observador razonable e imparcial, y lo que privadamente tenían **ACORDADO LOS ESTIPULANTES**, antinomia que resulta de una voluntad recíproca y consciente de estos, orientada a distorsionar la naturaleza del acuerdo, modificar sus características principales, o incluso fingir su propia existencia (Negrillas y versalitas extratextuales).

⁶ ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procedimiento civil, tomo 4, 3ª edición, ESAJU, 2021, Bogotá, p.255.

⁷ ORTIZ M., Álvaro. Manual de obligaciones, 6ª edición, Temis, 2015, Bogotá, p.80.

⁸ CSJ. SC-3864-2015.

⁹ CSJ. SC-11003-2014.

¹⁰ CSJ, SC1182-2016.

¹¹ CSJ, SC-1182-2016.

¹² CSJ, Civil. Sentencias: (i) 30-11-2011, MP: Solarte R.; No.05001-3103-005-2000-00229-01

¹³ SUESCÚN M., Jorge. Derecho privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, tomo II, 2ª edición, Bogotá DC, Legis y Universidad de los Andes, 2004, p.349.

¹⁴ CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 05-09-2001, MP: Ramírez G.; No.5868.

¹⁵ CSJ. SC-963-2022.

Por su parte, la doctrina especializada de tiempo atrás explicitó que sin lugar a dudas para que se configure la simulación de un negocio jurídico, debe estar precedido de un acuerdo de voluntades de los contratantes¹⁶; el reconocido profesor Suescún Melo y otro (2018)¹⁷, apoyado en el criterio de aquella Corporación, señalan:

... Es pues, indispensable, el concierto simulatorio. No es suficiente que haya una discrepancia entre la declaración pública de los contratantes y su voluntad real (...), pues se reitera que es menester un acuerdo privado, anterior a la manifestación pública de la voluntad o simultáneo con ella (...). Por esto ese dice que la “simulación presupone una connivencia entre sus partícipes” y según la Corte se define como “el acuerdo contractual mediante el cual las partes emiten una declaración no acorde con la realidad”¹⁸ (Sublínea y cursivas propias de esta decisión).

Así mismo, el maestro Valencia Zea¹⁹ y el profesor Ortiz Monsalve²⁰ al estudiar la simulación identifican como elementos o requisitos para su ocurrencia: **(i)** Discrepancia entre lo declarado y lo que realmente se ha querido; **(ii)** PROCEDENCIA DE AMBAS PARTES; **(iii)** Consciencia en la discrepancia; **(iv)** Finalidad de engañar a terceros. En el mismo sentido el profesor Ospina Fernández²¹ refiere: “Concepto de simulación. En general, consiste esta en la connivencia entre las partes para fingir un contrato con el propósito de que este no produzca efecto alguno (Simulación absoluta), o para disfrazar el contrato que realmente quieren celebrar con la forma aparente de otro contrato distinto, como cuando (...)” (Sublínea ajena al texto original).

El criterio jurisprudencial de la CSJ que, ha sido constante en ese sentido, así remembró²² en decisión de mediados del año anterior (01-07-2022)²³ al

¹⁶ VELÁSQUEZ G., Juan G. Los procesos civiles, comerciales y de familia, 6ª edición, Señal Editora, 2000, p.76.

¹⁷ SUESCÚN M., Jorge y SUESCÚN de R. Felipe. La simulación, En: CASTRO DE C., Marcela (Coordinadora). Derecho de las obligaciones, tomo I, Bogotá DC, Universidad de Los Andes y Temis, 2018, p.505-536.

¹⁸ CSJ, Civil. Sentencias del 14-09-1976 y 26-08-1980.

¹⁹ VALENCIA Z., Arturo. Derecho civil, tomo III, de las obligaciones, 8ª edición, Temis, 1990, p.60.

²⁰ ORTIZ M., Álvaro. Ob. cit., p.80.

²¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones, 6ª edición, Temis SA, Santafé de Bogotá DC, 1998, p.187.

²² CSJ. SC-3598-2020.

²³ CSJ. SC-963-2022.

indicar:

La simulación, en la esfera de los contratos, supone que los extremos de un negocio jurídico bilateral (o plurilateral), concertadamente, hagan una declaración de voluntad fingida, con el propósito de mostrarla frente a otros como su verdadera intención. Esa discordancia entre la voluntad y su exteriorización implica que, para los contratantes –sabedores de la farsa– la declaración (i) no está orientada a producir efectos reales (simulación absoluta), o (ii) simplemente disfraza un acuerdo subyacente con el ropaje de una tipología o configuración negocial distinta (simulación relativa)

(...)

Similarmente, para esta Corporación el instituto de la simulación de contratos “(...) comprende una situación anómala en la que las partes, de consuno, aparentan una declaración de voluntad indeseada (...). Si hay un contenido negocial escondido tras el velo del que se exhibe al público, la simulación se dice relativa. Pero si no hay vínculo contractual de ninguna especie y por lo tanto el único acto en realidad celebrado consiste en el convenio de las partes para dar vida a una apariencia que engañe públicamente demostrando ante terceros la existencia de un negocio que las partes nunca se propusieron ajustar, la simulación se califica de absoluta (Negrillas ajenas al original).

Y para sellar con contundencia, esa misma Corporación afirmó en decisión más próxima (09-12-2022)²⁴:

Ha dicho la doctrina jurisprudencial que no es posible concebir el fenómeno simulatorio «sin que exista un pacto para tal fin entre las partes, porque no es suficiente que uno de los partícipes del negocio jurídico manifieste su propósito de simular y el otro no asuma idéntica conducta jurídica, puesto que no es posible la simulación unilateral o en cabeza de una sola parte»²⁵. De manera que cuando -únicamente- se observa el asentimiento de una de las partes, sin que se encuentre probada la de su cocontratante, ese querer unilateral no pasa de ser una reserva mental.

En el punto, ha expresado la Corte cómo

«no ofrece duda que el proceso simulatorio exige, entonces, la

²⁴ CSJ. SC-3771-2022.

²⁵ CSJ, SC, 26 de ago. de 1980, Tomo CLXVI n.º 2407.

participación conjunta de los contratantes y que, si así no ocurre, se presentaría otra figura, como la reserva mental. Que no tiene ninguna trascendencia sobre la validez y fuerza vinculante del negocio jurídico celebrado en esas condiciones.

*"Poco interesa que la simulación sea absoluta o relativa, pues en una y otra se requiere del mencionado acuerdo, comoquiera que la creación de una situación jurídica aparente, distinta de la real, supone necesariamente un concurso de voluntades para el logro de tal fin. **De suerte que si no hay acuerdo para simular, no hay simulación.** El deseo de una de las partes, sin el concurso de la otra de emitir una declaración que no corresponde a la verdad, no pasa de ser, como antes se afirmó, una simple reserva mental, fenómeno distinto a la simulación» (G.J. t. CLXXX, Cas. Civ., enero 29 de 1985, pág. 25). Negrillas y subrayas propias de esta decisión.*

En ese contexto, a ninguna duda remite, que siempre para la configuración de la simulación tendrá que presentarse *una convención o concierto entre las partes del acto alegado como disimulado, en forma alguna podrá originarse en un negocio jurídico unilateral.* Comparte ese parecer el maestro Valencia Zea²⁶ y hace poco acogida (16-11-2022) por esta Sala²⁷.

Así las cosas, como aquí en el aludido fideicomiso solo quedó exteriorizada la voluntad del señor Vargas B. (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1Tomol, pdf No.03, folios 86-123) luce evidente la improcedencia de la simulación y, por ende, ninguna legitimación hay en los demandantes para proponer estos pedimentos simulatorios.

En consecuencia, sin vacilaciones **fracasa** el **REPARO No.2º** relativo a la ausencia de motivación, pero por las razones explicadas en este apartado del fallo.

6.2.3. Inoponibilidad. Pretensión subsidiaria No.3º. Hay legitimación. Explica el profesor Bohórquez Orduz (2019)²⁸ que esta aspiración se predica

²⁶ VALENCIA Z., Arturo. Ob. Cit., p.62.

²⁷ TSP. SC-0063-2022.

²⁸ BOHORQUEZ O. Antonio. De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano, volumen 1, 5ª edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá DC, 2019, p.189.

de aquellas personas que no participaron del negocio, que resultan afectadas en sus intereses y desean aniquilar sus efectos.

Sobre la inoponibilidad afirma el maestro Hinestrosa²⁹: “*No es nulo, ni anulable, simplemente ineficaz (...)*”; y en igual sentido la doctrina especializada nacional que predica la falta de eficacia por operar la inoponibilidad, como Valencia Z. y Ortiz M.³⁰, y Paredes H. (2020)³¹, este último comenta: “*La oponibilidad no compromete la validez ni la existencia del acto en juicio, ya que parte de la base de que existe y es válido. (...)*”. En el mismo sentido el profesor Arrubla Paucar³².

Nuestra CSJ, Sala Civil, sigue la misma teoría, aunque en tiempos pasados argüía la nulidad relativa, en 1994³³ rectificó: “*(...) pero esa doctrina debe ser rectificada porque se basa en una interpretación dislocada del artículo 2186 del mismo Código, cuando habla de los actos excesivos del mandatario que se pueden cubrir por la ratificación.*”, criterio que reiteró luego en 1995³⁴ y posteriormente (2006)³⁵, en cuya ocasión la CSJ reprochó a los interesados haber pedido la nulidad y no la sanción en comento; ya en data más reciente (2020-2021)³⁶, ratificó la tesis precisando, según la línea de pensamiento en el tiempo, que no solo tiene fuente en la falta de publicidad prescrita por el artículo 901, CCo, sino en otras formalidades.

Descendiendo al caso, aquí los demandantes aducen que sus propios derechos fueron desconocidos por su padre al otorgar el fideicomiso y, por ende, es un acto jurídico que ninguna fuerza vinculante tiene frente a ellos; y, del lado demandado, se integró por quienes fueron designadas como fideicomisarias. Entonces, se cumple ese presupuesto en ambas partes.

²⁹ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones, de las fuentes de las obligaciones, el negocio jurídico, tomo II, volumen I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2015, p.611.

³⁰ VALENCIA Z., Arturo y ORTIZ M., Álvaro. Derecho civil, tomo V, Derecho de familia, 7ª edición, Temis, Bogotá DC, 1995, p.678.

³¹ PAREDES H., Alonso. Ineficacia del acto jurídico, En: CASTRO DE C., Marcela (Coordinadora). Derecho de las obligaciones, Bogotá DC, Universidad de Los Andes y Temis, 2020, p.223 ss.

³² ARRUBLA P., Jaime A. Contratos mercantiles, teoría general del negocio mercantil, 13ª edición actualizada, Legis – Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá DC, 2012, p.186.

³³ CSJ, SCC. Sentencia del 30-11-1994, MP: Marín N., expediente No.4025.

³⁴ CSJ, SCC. Fallo del 26-04-1995, MP: Marín N., expediente No.4193.

³⁵ CSJ, SCC. Fallo del 15-08-2006, MP: Valencia C.; No.9375-01, salvó voto Arrubla P.

³⁶ CSJ. SC-3251-2020 y SC-3894-2021.

6.3. EL PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER. ¿Se debe revocar la sentencia estimatoria proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, R., según la apelación de los demandantes; o debe confirmarse o modificarse?

6.4. LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

6.4.1. Los límites de la apelación impugnaticia. En esta sede se definen por los temas objeto del recurso, patente aplicación del modelo dispositivo del proceso civil nacional [Arts. 320 y 328, CGP]; se reconoce hoy como la *pretensión impugnaticia*³⁷, novedad de la nueva regulación procedimental del CGP, según la literatura especializada, entre ellos el doctor Forero S.³⁸. El profesor Bejarano G.³⁹, discrepa al entender que contraviene la tutela judicial efectiva, de igual parecer Quintero G.⁴⁰, mas esta Magistratura disiente de esas opiniones, que son minoritarias.

Acoge la aludida restricción, de manera pacífica y consistente, esta Colegiatura en múltiples decisiones, por ejemplo, las más recientes: de esta misma Sala y de otra⁴¹. En la última sentencia mencionada, se prohijó lo argüido por la CSJ en 2017⁴², eso sí como criterio auxiliar, ya en decisiones posteriores y más recientes, la CSJ⁴³ (2019, 2021 y 2022), en sede de casación reiteró la tesis de la referida pretensión. El profesor Parra B.⁴⁴, arguye en su obra (2021): “*Tiene como propósito esta barrera conjurar que la segunda instancia sea una reedición de la primera y se repita esta innecesariamente. Además, respeta los*

³⁷ ÁLVAREZ G., Marco A. Variaciones sobre el recurso de apelación en el CGP, En: INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO PROCESAL. Código General del Proceso, Bogotá DC, editorial, Panamericana Formas e Impresos, 2018, p.438-449.

³⁸ FORERO S., Jorge. Actividad probatoria en segunda instancia, En: ICDP. Memorias del XXXIX Congreso de derecho procesal en Cali, Bogotá DC, editorial Universidad Libre, 2018, p.307-324.

³⁹ BEJARANO G., Ramiro. Falencias dialécticas del CGP, En: ICDP. Memorial del Congreso XXXVIII en Cartagena, editorial Universidad Libre, Bogotá DC, 2017, p.639-663.

⁴⁰ QUINTERO G., Armando A. El recurso de apelación en el nuevo CGP: un desatino para la justicia colombiana [En línea]. Universidad Santo Tomás, revista virtual: *via inveniendi et iudicandi*, julio-diciembre 2015 [Visitado el 2020-08-10]. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6132861.pdf>

⁴¹ TS, Civil-Familia. Sentencias del (i) 19-06-2020; MP: Grisales H., No.2019-00046-01 y (ii) 04-07-2018; MP: Saraza N., No.2011-00193-01, entre muchas.

⁴² CSJ. STC-9587-2017.

⁴³ CSJ. SC-2351-2019; SC-3148-2021; y, SC-1303-2022.

⁴⁴ PARRA B., Jorge. Derecho procesal civil, 2ª edición puesta al día, Bogotá DC, Temis, 2021, p.403.

derechos de la contraparte, pues esta se atiene a la queja concreta.” De igual parecer Sanabria Santos⁴⁵ (2021).

Ahora, también son límites para la resolución del caso, el principio de congruencia como regla general [Art. 281, ibidem]. Las excepciones, es decir, aquellos temas que son revisables de oficio son los asuntos de familia y agrarios [Art.281, parágrafos 1º y 2º, ibidem], las excepciones declarables de oficio [Art.282, ibidem], los presupuestos procesales⁴⁶ y sustanciales⁴⁷, las nulidades absolutas [Art.2º, Ley 50 de 1936], las prestaciones mutuas⁴⁸, las costas procesales⁴⁹ y la extensión de la condena en concreto [Art.283,2, CGP], entre otros. Por último, la competencia es panorámica cuando ambas partes recurren en lo que les fue desfavorable [Art.328, inciso 2º, CGP].

6.4.2. EL CASO CONCRETO. Necesario de entrada precisar que al plantear los reparos (Carpeta 01PrimeraInstancia, carpeta Co1TomoIV, pdf No.74) y al sustentar (Carpeta 02Segundainstancia, carpeta 03C5ApelaciónSentencia, pdf No.10), se enrostró falta de motivación para denegar las pretensiones subsidiarias No.3º de inoponibilidad y se insistió en su reconocimiento, en caso de negarse las demás súplicas; sin embargo como esa crítica dejó de fundamentarse, es talanquera insalvable para su resolución, pues sin discurso para examinar, imposible avanzar en análisis alguno.

Debe recordarse que no se trata simplemente de postular la disconformidad, sino que semejante labor amerita una seria y juiciosa argumentación sobre aquellos puntos de discrepancia para recriminar el desacierto de la autoridad judicial, a efectos de que la segunda instancia confronte esos razonamientos y tase su juridicidad, pues es esa la función cardinal de la alzada.

⁴⁵ SANABRIA S., Henry. Derecho procesal civil, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2021, p.703 ss.

⁴⁶ CSJ, SC-6795-2017. También sentencias: (i) 24-11-1993, MP: Romero S.; (ii) 06-06-2013, No.2008-01381-00, MP: Díaz R.

⁴⁷ CSJ. SC-1182-2016, reiterada en la SC-16669-2016.

⁴⁸ CSJ, Civil. Sentencia del 15-06-1995; MP: Romero S., No.4398.

⁴⁹ LÓPEZ B., Hernán F. Código General del Proceso, parte general, Bogotá DC, Dupré, 2019, p.1079.

En este caso, por ejemplo, indicar el error de la decisión al negar esas pretensiones: ¿En qué causa se fundaba la inoponibilidad: *falta del presupuesto de legitimación negocial o inobservancia de mecanismos de publicidad*⁵⁰?; sin razones para socavar el sostén de la decisión, aflora paladina la firmeza de la desestimación de ese predicamento; y, por ende, inmodificable para esta instancia.

De otro lado, como atrás se dijera, fueron negados los cuestionamientos referentes a la simulación absoluta y relativa, pero por ausencia de legitimación; así entonces, resta estudiar la anulación por objeto y causa ilícitos.

No obstante, como podrá notarse enseguida, pese a que se insistió en que se reconociera con estribo en ambas causales, la disertación solo se centró en la segunda, pues aducen los recurrentes que el examen del cúmulo probatorio evidencia el *motivo real* del otorgante del fideicomiso y ello dista bastante del objeto jurídico⁵¹.

Este es un elemento intrínseco de todo acto de esta naturaleza [Art.1502, CC], se define como⁵²:” (...) *el conjunto de efectos perseguidos por la voluntad, los cuales pueden comprender la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.*”, son los efectos pretendidos por las partes; prescribe el artículo 1517, CC: “*Toda declaración de voluntad, debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer. (...)*” y el canon 1518, párrafo 3º, ibidem, estipula que si el objeto es un hecho es necesario que sea física y moralmente posible; las reglas siguientes regulan el objeto ilícito, entendido no de forma material, sino como conducta⁵³, para disponer que debe ser lícita y poder ser vinculante; ya calificado como lícito, posible, determinado o determinable y de índole

⁵⁰ BOHORQUEZ O. Antonio. Ob. Cit., p.191-192.

⁵¹ ORTIZ M., Álvaro. Manual de obligaciones, reimpresión 6ª edición, Temis, Bogotá DC, 2015, p.39.

⁵² PAREDES H., Alonso. Ineficacia del acto jurídico, En: CASTRO DE C., Marcela (Coordinadora). Derecho de las obligaciones, Bogotá DC, Universidad de Los Andes y Temis, 2020, p.169.

⁵³ VALENCIA Z., Arturo. ORTIZ M., Álvaro. Derecho civil, parte general y personas, tomo I, 18ª edición, Temis, Bogotá DC, 2016, p.743.

patrimonial, se convierte en condición de validez⁵⁴.

Por último, el artículo 1523, ibidem, consagra: *“Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.”*, y aquí las palabras del maestro Hinestrosa⁵⁵, para ilustrar: *“Sería cómodo decir que ilícito es aquello que así declarado directamente en la norma o prohibido por ella, en cuanto sea imperativa. Empero, el sentido de la ilicitud es más amplio, en manera alguno circunscrito a un catálogo cerrado, esto es, una tipicidad legal rígida.”*, y del mismo parecer los connotados profesores de la materia Ospina F. y Ospina A.⁵⁶, al explicitar en su obra: *“Corresponde, por tanto, al juez determinar en cada caso discrecionalmente si en el acto sub judice se configura o no un objeto ilícito, sin que para ello tenga que fundarse en una expresa prohibición legal, porque se repite, nuestro ordenamiento positivo, conformándose a la doctrina moderna, rechazó el concepto racionalista del orden público legal e inmutable.”*.

En suma, no puede considerarse que lo pedido: examinar si esa “real” motivación del otorgante; sea objeto ilícito. Se estudiará, entonces, si se trata de una causa ilícita conforme la síntesis que admite la tesis de los recurrentes.

6.4.2.1. REPARO No.1º. Nula motivación para despachar la nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos del fideicomiso constituido en la escritura pública No.5964 de 19-08-2014. La decisión apenas definió el acto jurídico, cómo funciona y cuál sucedió en este caso, luego cumplida la condición que era la muerte del otorgante se hizo la restitución y, sin motivar, desatiende esas reclamaciones.

Frente a esas pretensiones adquiere relevancia la declaración de Lyda Quintero G. quien informó sobre los sentimientos, de desilusión y tristeza, que tenía el señor Víctor M. frente a sus hijos y que le impulsaron a constituir el fideicomiso; así se evidencia que la real intención era no dejarles nada a su deceso, esto es, repartir su patrimonio en vida, pero sin beneficiarlos. Esta

⁵⁴ HINESTROSA, Fernando. Ob. cit., p.263.

⁵⁵ HINESTROSA, Fernando. Ob. cit., p.271.

⁵⁶ OSPINA F., Guillermo y Eduardo Ospina A. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos, 4ª edición, Temis SA, Santafé de Bogotá DC, 1994, p.451.

afirmación se respalda con los dichos de Jaime Gutiérrez D. y Mauricio Cardona O. que atestaron en similar sentido.

Comenta que ese propósito desconoció la finalidad de la figura del fideicomiso que es la transmisión de la propiedad a un tercero, no la distribución patrimonial a la muerte del constituyente, puesto que así se vulneran principios como la ética, la moral y la ley. Es así como, el acto jurídico dejó de ser una limitación del dominio y si se hace prevalecer el querer del constituyente [Art.1618, CC], se patentiza el quebrantamiento de las disposiciones sobre asignaciones forzosas [Art.1045, CC].

Agrega que ante esa auténtica intención el otorgante debió acudir a las reglas de desheredamiento o indignidad [Arts. 1265, 1266 y 1031, CC] y es ahí donde recae el objeto y causa ilícitos.

6.4.2.2. RESOLUCIÓN. *Fracasa.* Si bien atinan los apelantes en la ausencia de fundamentación sobre las causales sustento de la anulación, lo cierto es que ninguna causa ilícita advierte esta Magistratura.

Ese elemento, también es intrínseco a todo negocio jurídico [Art.1502, CC], se entiende como aquella contraprestación que esperan obtener los contratantes⁵⁷.

La doctrina patria no es pacífica para catalogarlo como factor constitutivo del acto jurídico o la función que cumple; el profesor Canosa T.⁵⁸ predica que previo a su realización suelen existir diferentes motivos, relacionados entre sí y que orientan su ejecución; explicita que: “(...) *el Derecho toma, en consideración el motivo más próximo, el que condiciona o determina la acción, el que sirve objetivamente para justificar el acto y no los demás, que si bien han contribuido a excitar la voluntad, no bastan por sí solos para justificar el acto (...)*”.

⁵⁷ CANOSA T. Fernando. Las nulidades en el derecho civil, teoría general del acto y negocio jurídico, 2ª edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá DC, 2009, p.470.

⁵⁸ CANOSA T. Fernando. Ob. Cit. p.470.

Enseguida apunta: “(...) En los contratos gratuitos quizá lo anime el deseo de cumplir una obligación espiritual o el pagar un servicio; por eso dice el artículo 1524 que “la pura liberalidad o beneficencia es la causa eficiente” (...); luego concluye: “(...) es generalmente un factor económico o patrimonial (...)” de la prestación en sí misma; y, finalmente, señala:

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1496 del CC, “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna”. En estos contratos, la causa de la obligación del único obligado es la prestación realizada por la otra parte en el momento de celebrarse el contrato. En el comodato, la causa de la obligación del comodatario consiste en la entrega de la cosa por la parte comodante (Subrayas extratextuales).

Por su parte, el citado tratadista Bohórquez Orduz⁵⁹ explicita que la causa es la función económico-social del negocio, disiente de que sea un elemento constitutivo, pues su objetivo es la operatividad funcional de cada acto en particular y por tal razón mal puede buscarse en la intención del negociante.

Acorde con las premisas apuntadas, la causa en cualquiera de los escenarios enunciados ha de mirarse como aquella finalidad que tiene el negocio jurídico, más allá de los **reales** motivos que tuvo el negociante al momento de realizarlo, entonces, las razones anteriores que pudo haber tenido, en este caso, el fideicomitente, no deben considerarse a la luz de la ilicitud, pues la función o prestación a la que se obligó fue la transmisión de la propiedad fiduciaria, independiente de la intencionalidad que tuvo para hacerlo.

Adicionalmente, ninguna norma sucesoral puede estimarse vulnerada, por la potísima razón de que todas las reglas en esta materia, entre ellas, los órdenes [Art.1045, CC], tienen aplicación ante el fallecimiento de la persona natural y siempre que haya bienes para el condigno reparto, conforme a la ley; en vida el pretenso causante podrá disponer de su patrimonio en la forma que le parezca, sin que pueda entenderse la preterición de sus eventuales herederos.

⁵⁹ BOHORQUEZ O. Antonio. Ob. Cit. p.171.

Así entiende el Alto Tribunal Constitucional⁶⁰ cuando al resolver sobre la exequibilidad de algunas normas sobre la sucesión por causa de muerte [Arts.1040 y 1051, CC], afirmó que los hijos antes del fallecimiento de su padre solo tienen una expectativa no un derecho adquirido, en sus palabras⁶¹:

Se diría que una ley como las enunciadas pugnaría con el artículo 58 de la Constitución, que consagra el respeto a los derechos adquiridos, pero ello no es así, como se ve por esta explicación.

El artículo 58 garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles. DE CONFORMIDAD CON ÉSTAS, ES DECIR, CON LAS ACTUALMENTE VIGENTES, UN HIJO, EN RELACIÓN CON LA POSIBLE SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE DE SU PADRE, QUE AÚN NO HA FALLECIDO, NO TIENE DERECHO ADQUIRIDO, SINO UNA MERA EXPECTATIVA. La explicación de esto queda aún más clara si se acude a la teoría de Bonnecase.

El autor mencionado distingue entre situaciones jurídicas abstractas y situaciones jurídicas concretas.

Por "situación jurídica abstracta entendemos la manera de ser eventual o teórica de cada uno, respecto de una ley determinada". ES EL CASO, YA EXPLICADO, DEL POSIBLE HEREDERO DE ALGUIEN, SEGÚN LA LEY O EL TESTAMENTO, CUANDO EL POSIBLE CAUSANTE NO HA FALLECIDO. COMO SÓLO EXISTE UNA "MANERA DE SER EVENTUAL O TEÓRICA", LA LEY PUEDE CAMBIAR O EL TESTAMENTO SER MODIFICADO, SIN QUE DESCONOZCA DERECHO ALGUNO. ¿POR QUÉ? POR LA SENCILLA RAZÓN DE QUE NO PUEDE HABLARSE DE LA VULNERACIÓN DE UN DERECHO QUE AÚN NO EXISTE.

Por el contrario, la "situación jurídica concreta es la manera de ser, de una persona determinada, derivada de un acto o de un hecho jurídico que ha hecho actuar, en su provecho o en su contra, las reglas de una institución jurídica, y el cual al mismo tiempo le ha conferido efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución". Siguiendo con el ejemplo de la herencia, se habla de situación jurídica concreta cuando por el fallecimiento del causante, se ha producido la **delación** de la asignación, es decir, el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla. En este caso ya existe el derecho, o sea el derecho adquirido, para emplear la expresión redundante tradicional. Y la nueva ley, en principio, no puede vulnerar ese derecho, no puede desconocer la situación jurídica concreta de esa persona que ha devenido heredera, según la ley vigente al momento de la apertura

⁶⁰ CC. C-392-95 reiterado en C-422-95.

⁶¹ CC. C-392-95.

de la sucesión (Versalitas y subrayas extratextuales, negrillas propias).

Así las cosas, a ninguna duda se remite que más allá de que en el cúmulo probatorio demuestre la motivación del señor Vargas B. para instituir el fideicomiso, es precaria para predicar una causa ilícita, pues estaba en la esfera de libre arbitrio disponer de sus bienes.

En las condiciones expuestas se impone confirmar la decisión de primera instancia, pero por el razonamiento esgrimido en el cuerpo de esta providencia.

Necesario agregar que si bien, los recurrentes alegaron que la sentencia SC-2906-2021 de la CSJ, es precedente para este caso y debe ser acatado, una mirada a esa decisión muestra que los supuestos fácticos son harto diferentes, en efecto: (i) En el fallo de la CSJ el fideicomiso fue un contrato bilateral entre un padre y dos de sus hijos, en tanto que aquí se trató de una decisión unilateral del primero; y, (ii) En aquel asunto el fideicomitente pese a que dijo despojarse de la propiedad fiduciaria no lo hizo, mientras que en este evento la conservó, a voces de la expresa autorización del artículo 807, CC⁶².

Así, entonces, mal puede pregonarse identidad fáctica para subsumir este caso y por ende aplicar los criterios jurídicos usados por la Alta Colegiatura. No es precedente, opera una de las legítimas técnicas para apartarse, nominado disanalogía⁶³.

7. LAS DECISIONES FINALES

Se **(i)** Confirmará la sentencia apelada en lo que fue motivo de ataque; y **(ii)**

⁶² CSJ. STC-13069-2019.

⁶³ LÓPEZ M., Diego E. El derecho de los jueces, 12ª reimpresión de la 2ª edición, Bogotá DC, editorial Legis y Universidad de Los Andes, 2013, p.213.

Condenará en costas, en esta instancia, a la parte demandante, por resultar derrotada en su recurso [Artículo 365-3º, CGP] y a favor del extremo pasivo.

La liquidación de costas se sujetará, en primera instancia, a lo previsto en el artículo 366 del CGP, las agencias en esta instancia se fijarán en auto posterior CSJ⁶⁴ (2017). Se hace en auto y no en la sentencia misma, porque esa expresa novedad, introducida por la Ley 1395 de 2010, desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365, CGP.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA, SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. CONFIRMAR el fallo emitido el **01-04-2022** por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, R., en lo que fue motivo de apelación.
2. CONDENAR en costas en esta instancia, a la parte demandante, y a favor de la parte demandada. Se liquidarán en primera instancia y la fijación de agencias de esta sede, se hará en auto posterior.
3. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

DUBERNEY GRISALES HERRERA

MAGISTRADO

(Ausente con justificación)

EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

MAGISTRADO

MAGISTRADO

⁶⁴ CSJ. STC-8528 y STC-6952-2017.

LA PROVIDENCIA ANTERIOR
SE NOTIFICÓ POR ESTADO DEL DÍA

29-05-2023

CÉSAR AUGUSTO GRACIA LONDOÑO
S E C R E T A R I O

Firmado Por:

Duberney Grisales Herrera
Magistrado
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Jaime Alberto Zaraza Naranjo
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 347f590c97e41c97104da9953022f5cb251ac58475f632fd1353be0ac3755b26

Documento generado en 26/05/2023 09:12:31 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>