



Señora  
**JUEZ SÉPTIMA CIVIL MUNICIPAL**  
SANTIAGO DE CALI

Referencia: Proceso declarativo verbal de nulidad absoluta  
Radicación número 2017-00648-00  
Actores: **JOSÉ EDGAR MONTOYA M. y otros**  
Demandados: **MARTA CECILIA MONTOYA M. y otro**  
Litisconsortes: **CLARA INÉS y PEDRO NEL MONTOYA M.**

**JUSTINIANO SÁNCHEZ SAA**, identificado con la cédula de ciudadanía número 6.086.568 expedida en Cali y portador de la tarja profesional de abogado número 24433 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado judicial de la PARTE ACTORA en el proceso de la referencia, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 322 del Código general del proceso y dentro de la oportunidad legal, formulo ante usted escrito de **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** que interpuso en forma verbal contra la sentencia número 15 pronunciada dentro de la audiencia de instrucción y juzgamiento realizada el día jueves 24 de junio de 2021, la cual fue notificada en estradas.

Dispuso la sentencia recurrida, en su parte resolutive: i) negar las pretensiones incoadas en la demanda, ii) condenar en costas a la parte demandante en favor de la parte demandada, y fijó la suma de \$ 6.000.000 por concepto de agencias en derecho, iii) ordenar el levantamiento de la inscripción de la demanda y iv) archivar lo actuado una vez cumplidas las actuaciones secretariales y previa cancelación de su radicación.

Se fundamenta la decisión judicial impugnada en dos tesis que desconocen el ordenamiento jurídico y las pruebas allegadas al proceso: una tesis, que desconoce el carácter bien social que tiene el predio rural «Miraflores» incluido en el objeto del fideicomiso, y otra tesis que desconoce la pertenencia de dicho predio rural a la comunidad universal de gananciales indivisa; tesis que permitieron a la señora juez de primer grado despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda.

En relación con la tesis que desconoce el carácter bien social que tiene el predio rural «Miraflores» incluido en el objeto del fideicomiso, aduce la sentencia apelada que el predio rural «Miraflores» era un bien propio del constituyente del fideicomiso por cuanto lo heredó de su padre y podía por tanto incluirlo en el objeto de dicho contrato con el propósito de beneficiar a dos de sus hijos, y agrega además que los demandantes no demostraron que el fideicomiso constituido por su progenitor defraudaba sus intereses como herederos.



Y con respecto a la tesis que desconoce la pertenencia de dicho predio rural a la comunidad universal de gananciales indivisa, la sentencia recurrida aduce que al tramitarse por la vía notarial la liquidación de la herencia y de la sociedad conyugal de la cónyuge premuerta, todos los hijos de ésta y el cónyuge superviviente estuvieron de acuerdo con la no inclusión del predio rural «Miraflores» en el inventario de bienes sociales.

Así, la sustentación del recurso interpuesto versará sobre los reparos o motivos de inconformidad que a continuación formulo en contra de los fundamentos del fallo impugnado: i) el carácter de bien social que tenía el predio rural «Miraflores» al tiempo de disolverse la sociedad conyugal de los esposos Montoya-Montoya; ii) la pertenencia del predio rural «Miraflores» a la comunidad universal de gananciales indivisa; y iii) la invalidez de los contratos enjuiciados.

**1 EL CARÁCTER DE BIEN SOCIAL QUE TENÍA EL PREDIO RURAL  
«MIRAFLORES» AL TIEMPO DE DISOLVERSE LA SOCIEDAD  
CONYUGAL DE LOS ESPOSOS MONTOYA-MONTOYA**

Tras el fallecimiento de la señora Nohemy Montoya López, acaecido el 9 de enero de 2005 en la ciudad de Santiago de Cali (fol. 33), tuvo también ocurrencia la disolución de la sociedad conyugal. Al tiempo de dicha disolución, el predio rural «Miraflores», ubicado en el corregimiento El Limonar, jurisdicción del municipio de Dagua, formaba parte del haber social por cuanto le había sido adjudicado como terreno baldío al señor Pedro Nel Montoya Reza por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Seccional del Valle del Cauca, en dos porciones de terreno, así:

Una primera porción de terreno baldío de 5 hectáreas más 3.800 metros cuadrados denominado “Las Lajas”, ubicado en el corregimiento y municipio antes citados, terreno que le fue adjudicado mediante Resolución número 11943 de fecha 12 de noviembre de 1965, cuyos linderos se indican en el texto de la resolución (fol. 17).

Una segunda porción de terreno baldío de 26 hectáreas más 7.500 metros cuadrados denominado también “Las Lajas”, ubicado en el corregimiento y municipio ya citados, terreno que le fue adjudicado por medio de la Resolución número 0405 de fecha 29 de abril de 1977, cuyos linderos se indican en el texto de la resolución (fols. 13 y 14).

Estas dos porciones de terreno baldío, situadas una contigua a la otra, fueron englobadas por el adjudicatario mediante escritura pública número 400 de fecha 31 de julio de 1979, otorgada en la notaría única de Dagua, habiendo conformado un solo predio rural al que dio el nombre de «Miraflores», cuya área es de 32 hectáreas más 1.300 metros cuadrados y cuyos linderos son los siguientes: NORTE: con finca de Luis Hernando Montoya; SUR: con finca de Pablo León Sterling Paz, antes e Harvey Sterling, y predio de Eva Muñoz; ORIENTE: con finca de Lisandro Franky Alzate, antes de Modesto Morales, y quebrada La Española; OCCIDENTE: en parte con la finca de Jorge Rafael Guerrero y la quebrada Jigatá, y en parte, con la carretera Dagua-El Limonar (fols. 15 y 16).



Ahora bien, el artículo 1795 del mismo código, inserto en el capítulo dedicado al haber de la sociedad conyugal, establece: “Toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario”. (Subrayado fuera de texto).

Es claro, pues, que el predio rural «Miraflores» tenía el carácter de bien social ya que al tiempo de disolverse la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges Montoya-Montoya, hacia parte del haber de la misma. Por consiguiente, tal especie debió conformar el activo de la sociedad conyugal para ser liquidada dentro de la actuación notarial de la herencia de la causante premuerta, y no solamente los dos tercios (2/3) de cuota de dominio sobre el inmueble urbano, como en efecto así sucedió.

En lo que atañe a la aplicación de la norma legal antes transcrita, en sentencia de 6 de diciembre de 1961, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sostuvo:

**“El artículo 1795 del C. C. consagra una presunción *juris tantum*, que le impone al cónyuge que reclama un bien como exclusivamente suyo o al tercero que le atribuye ese carácter, la carga de demostrar su aserto; y a este fin, si se trata de un inmueble, tendrá que acreditarse, ya el hecho de haberlo aportado aquel al matrimonio, ya el de haberlo adquirido durante la sociedad, a cualquier título excluyente de la misma, como donación entre vivos, legado, herencia, subrogación real, accesión o hallazgo.**

“Mas, así como el cónyuge interesado en ello no tiene para qué empeñarse en un proceso eliminatorio de la presunción, cuando está de manifiesto que el bien de que trata es de su pertenencia exclusiva, –como si sosteniendo que hubo un inmueble por donación, exhibe la escritura pública contentiva de tal acto–, **de igual modo, la sociedad no necesita prevalerse de la presunción, cuando su titularidad sobre un bien determinado está a la vista, formalmente constituida, verbigracia, escritura pública de compra por uno de los cónyuges, de un inmueble, durante la sociedad, pues, entonces, presente el título, se impone este como rector de la situación. Por lo mismo, el cónyuge o su causahabiente que, en este caso, pretendiera desconocer la calidad social del bien, para tomarlo como propio, tendría necesariamente que probar, no contra la presunción del artículo 1795, sino contra el título de adquisición de que dimana aquella calidad y el cual solo podría ser desvirtuado por los medios legalmente idóneos a contrarrestar los actos de su clase.**” (Gaceta judicial número XCVII, pág. 215). (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Conforme al texto literal de la norma y la jurisprudencia transcrita en torno al tema tratado, es preciso afirmar que está plenamente demostrado que:

- a) la sociedad conyugal habida entre los cónyuges Montoya-Montoya se disolvió por muerte de uno de ellos, hecho que ocurrió el 9 de enero de 2005 (fol. 33);
- b) al tiempo de disolverse la sociedad conyugal, el predio rural «Miraflores», hacía parte de su haber ya que lo adquirió uno de los cónyuges por adjudicación que, a título



gratuito, le hizo el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Seccional del Valle del Cauca, en vigencia de la sociedad conyugal, y por lo mismo es un título excluyente de ésta, como lo exige la jurisprudencia transcrita;

- c) acaecida la disolución de la sociedad conyugal a causa de la muerte de uno de los cónyuges, el cónyuge superviviente reclamó la propiedad exclusiva del predio rural «Miraflores», a tal punto que, una vez iniciado el trámite notarial relativo a la liquidación de la herencia y de la sociedad conyugal, se opuso a la inclusión de dicho bien raíz en el activo de ésta, como lo prueba la escritura pública número 1.131 de fecha 27 de abril de 2010, otorgada en la notaría trece del círculo de Santiago de Cali, con la cual se solemnizaron y perfeccionaron las referidas liquidaciones (fols. 34 a 65).

Por lo mismo, no cabe la menor duda que el predio rural «Miraflores» tiene la condición de bien social, pues en él convergen las circunstancias de haber sido adquirido por uno de los cónyuges Montoya-Montoya cuando aún estaba vigente la sociedad conyugal y a título gratuito como es la adjudicación.

Tal atributo de bien social también vale predicarse respecto de la cuota de dominio, equivalente a dos tercios (2/3), —pues cada cónyuge adquirió un tercio (1/3)— que en la casa de habitación de dos plantas, ubicada en la ciudad de Santiago de Cali, en la calle 3C entre las carreras 65 y 66 (barrio El Refugio), identificada en su puerta de entrada con el número 65-92, adquirieron los cónyuges Montoya-Montoya, a título de compraventa, en vigencia de la sociedad conyugal, como consta en la escritura pública número 2.301 de fecha 22 de junio de 2001, otorgada en la notaría segunda del círculo de Cali (fols. 23 a 32).

Contrariamente a lo antes expuesto sobre el tema planteado en este apartado, la sentencia sostiene que el predio rural «Miraflores» era un bien propio del constituyente del fideicomiso por cuanto lo heredó de su padre. No se percató la señora juez de primer grado que la parte demandada no aportó el documento contentivo de la partición de bienes relictos aprobada por el juez que conoció del proceso de sucesión intestada o testada de quien fuera el padre del progenitor de los demandantes y demandados, es decir, el abuelo de unos y otros.

Efectivamente, la partición de bienes aprobada por el juez que conoció del proceso de sucesión del señor Francisco Montoya, es el documento idóneo que permitía demostrar que el predio rural «Miraflores» era un bien propio del constituyente del fideicomiso. Por lo mismo, obró con ligereza la señora juez de primer grado, que, dicho sea de paso, dedicó un extenso espacio de las consideraciones a resaltar expresiones contenidas en actas levantadas y aportadas por la parte demandada luego de convocar a sus hermanos a reuniones para tratar asuntos relacionados con la distribución de los bienes dejados por su padre, e igualmente a resaltar el dicho de las partes al deponer sobre tales actas. Pero no advirtió la señora juez de primer grado que las referidas reuniones de los hermanos Montoya tuvieron lugar después de la muerte de su padre, nunca antes.



De hecho, los fundamentos de la sentencia en lo que respecta al tema aquí tratado, acogen la tesis expuesta por la contraparte en su escrito de contestación a la demanda, según la cual el predio rural «Miraflores» —y también la cuota de dominio sobre el inmueble urbano— no tenían la calidad de bienes sociales.

En tal escrito la parte demandada adujo que no era verdad que los mencionados bienes inmuebles hubieran sido adquiridos por los cónyuges Montoya-Montoya en vigencia de la sociedad conyugal; es decir, negó que tales bienes tuvieran carácter social. Para sustentar su aserto, la contraparte manifestó con respecto al predio rural «Miraflores», que el señor Francisco Montoya (padre de don Pedro Nel Montoya Reza) adquirió, a título de compraventa, un lote de terreno de 50 plazas ubicado en el sitio denominado La Barragana, posteriormente Las Lajas y actualmente Miraflores, en jurisdicción del municipio de Dagua, y que la compra la hizo para sus hijos Jorge, Efraín, Luis Hernando, Pedro Nel y Alberto Montoya, y aportó como prueba copia de la escritura pública número 67 de fecha 28 de noviembre de 1933, otorgada en la notaría del círculo de Dagua; afirmando, además, que ésta fue inscrita en la matrícula inmobiliaria número 370-83872 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santiago de Cali.

Al mismo tiempo, dio por ciertas las dos adjudicaciones de terreno baldío que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria hizo al señor Pedro Nel Montoya Reza, así como la inscripción de los correspondientes actos de adjudicación en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria a cargo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santiago de Cali y su protocolización en notaría. Asimismo, dio por cierto el englobe de los dos lotes de terreno baldío adjudicados al señor Montoya Reza, conformando así el predio rural que hoy se denomina «Miraflores».

Igualmente, adujo la contraparte que desde diez años antes de contraer matrimonio con la señora Nohemy Montoya López, el señor Pedro Nel Montoya Reza ya ejercía posesión y dominio sobre el predio rural «Miraflores».

Y respecto de la cuota de dominio en el inmueble urbano, adujo la parte demandada (i) que fueron cuatro los aportantes del precio de compra, e indicó unas cuotas de derecho de dominio diferentes de las que, para cada comprador, se deducen del contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 2.301 de fecha 22 de junio de 2001, otorgada en la notaría segunda del círculo de Santiago de Cali (fols. 23 a 32), y (ii) que para corregir la distribución del derecho de dominio en la forma que se deduce del contrato de compraventa, el señor Pedro Nel Montoya Reza le vendió 1/6 de derecho de dominio sobre el susodicho inmueble a su hijo León Darío Montoya Montoya, como consta en la escritura pública número 1.368 de fecha 14 de mayo de 2010, otorgada en la notaría trece del círculo de Santiago de Cali (fols. 66 a 68).

A juzgar por la parte demandada, el lote de terreno de 50 plazas que compró su abuelo es el mismo predio rural «Miraflores», infiriendo tal conclusión de la manifestación del comprador inserta en la escritura de compraventa, que reza: “*manifiesta que esta compra la hace*



*únicamente y exclusivamente para sus hijos Jorge, Efraín, Luis Hernando, Pedro Nel y Alberto Montoya, y que la acepta en todas y cada una de sus partes por estar arreglado el contrato o negocio celebrado de antemano*”, siendo que del texto de dicho instrumento público no se deduce que el comprador estuviera actuando en nombre y representación de sus hijos, que, por lo demás, para esa época, debían ser menores de edad. El aparte transcrito sólo se puede interpretar como el deseo del comprador de estar adquiriendo un bien inmueble del que gozarían en adelante sus hijos ya nombrados. Adicional a esto hay que decir que los linderos del lote de terreno de 50 plazas comprado por el abuelo de los demandados no coinciden con los linderos de los terrenos baldíos adjudicados al señor padre de los mismos demandados por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Seccional Valle del Cauca.

Además, no es cierto que la susodicha escritura pública número 67 aparezca inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria número 370-83872 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santiago de Cali, como se constata en el certificado de tradición visible a folios 9 y 10; por lo mismo, ni dicha escritura pública, ni la manifestación hecha por el comprador, en el sentido de que hace la compra únicamente y exclusivamente para sus hijos, son prueba fehaciente para afirmar que diez (10) años antes de contraer matrimonio en 1943, el señor Pedro Nel Montoya Reza ya ejercía posesión y dominio sobre el predio rural “Miraflores” y, por tanto, este nunca formó parte de los bienes de la sociedad conyugal. Es este un aserto sin probanza alguna. Al respecto, cabe preguntarse: ¿Qué sentido tendría que el INCORA dictara actos de adjudicación de terrenos baldíos si ya éstos tienen dueño inscrito?

Al hilar delgado sobre este punto baste hacer la siguiente reflexión: Si los cónyuges Montoya-Montoya contrajeron matrimonio el 3 de julio de 1943, y para esta fecha el señor Pedro Nel tenía 21 años cumplidos, ¿será posible que a la edad de 11 años ya fuera propietario, o al menos poseedor, del predio rural «Miraflores»? En todo caso lo que aquí interesa tener en cuenta, con arreglo al artículo 65 de la Ley 160 de 1974, es que *“Los ocupantes de tierras baldías, por ese solo hecho, no tienen la calidad de poseedores conforme al Código civil, y frente a la adjudicación por el Estado sólo tienen una mera expectativa”*.

Y con referencia a la cuota de dominio en el inmueble urbano, nada demostraron los demandados con afirmaciones carentes de prueba, como alegar que el precio de compra de la casa de habitación de dos plantas ubicada en la ciudad de Santiago de Cali lo aportaron los tres compradores que intervinieron en el negocio y uno más que no intervino, y que para corregir el error presentado en la distribución del derecho de dominio de que da cuenta la escritura pública número 2.301 de fecha 22 de junio de 2001, otorgada en la notaría segunda del círculo de Santiago de Cali (fols. 23 a 32), fue necesario que don Pedro Nel Montoya Reza vendiera 1/6 de derecho de dominio sobre el aludido inmueble a su hijo León Darío Montoya Montoya, como consta en la escritura pública número 1.368 de fecha 14 de mayo de 2010, otorgada en la notaría trece del círculo de Santiago de Cali (fols. 66 a 68). Ninguna



de estas afirmaciones consta en la escritura pública número 1.368, a más de no figurar esta venta entre las nulidades deprecadas en la demanda.

No es posible que la propiedad de un terreno baldío, proveniente de la adjudicación hecha al titular por la entidad estatal competente, pueda ser desconocida por medio de deposiciones y escritos firmados por personas interesadas cuando el titular de tal derecho ya ha fallecido.

Por lo demás, la sentencia acoge la manifestación hecha por la parte demandada en cuanto alegó que los documentos con que pretendió demostrar que el predio rural «Miraflores» tenía el carácter de bien propio del constituyente del fideicomiso, no fueron tachados de falsos. Y me pregunto: ¿Para qué tachar de falsos unos documentos que no tienen la virtud de demostrar la propiedad de un bien inmueble?

Así las cosas, es evidente que la tesis que desconoce el carácter bien social que tiene el predio rural «Miraflores» incluido en el objeto del fideicomiso, es contraria a la ley y la jurisprudencia nacional sobre la materia. Así que la decisión judicial recurrida está fundada en argumentos falsos. Por ello, confío que una vez confrontados los fundamentos de la sentencia con los argumentos que sustentan el motivo de inconformidad aquí planteado, el juzgador de segundo grado habrá de dar la razón a la parte apelante.

## **2 LA PERTENENCIA DEL PREDIO RURAL «MIRAFLORES» A LA COMUNIDAD UNIVERSAL DE GANANCIALES INDIVISA**

Como quedó establecido en el apartado anterior, el predio rural «Miraflores» tiene el carácter de bien social conforme al artículo 1795 del Código civil y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Así, al formular ante el notario la solicitud de trámite de la liquidación de la herencia y de la sociedad conyugal tras la muerte de uno de los cónyuges, debió incluirse en el inventario de bienes sociales el citado predio rural «Miraflores», pero no sucedió así, pues apenas se incluyó la cuota de dominio, equivalente a un tercio (1/3), que poseía cada cónyuge sobre el inmueble ubicado en la ciudad de Santiago de Cali, como consta en la escritura pública número 1.131 de fecha 27 de abril de 2010, otorgada en la notaría trece del círculo de Santiago de Cali (fols. 34 a 65).

De esta manera, fue parcial la liquidación de la sociedad conyugal y de la herencia dentro de la actuación iniciada por el cónyuge supérstite y los herederos de la causante Nohemy Montoya López. Ello por cuanto —ya se dijo— en el inventario de bienes sociales no se incluyó el predio rural «Miraflores», ya que el cónyuge supérstite siempre alegó que éste era un bien propio de él.

Por eso, es preciso afirmar que el predio rural «Miraflores», que fue objeto del fideicomiso constituido por el señor Pedro Nel Montoya Reza mediante escritura pública número 883 de fecha 12 de marzo de 2015, otorgada en la notaría veintiuno del círculo de Santiago de Cali,



no era de propiedad de aquél. Dicho bien raíz, por no haber sido incluido en la liquidación de la sociedad conyugal y de la herencia de la cónyuge premuerta, no pertenecía a quien lo poseía al tiempo de disolverse la sociedad, sino que pertenece a la comunicad universal de gananciales indivisa, tal y como lo enseña la doctrina judicial expuesta en sentencia número 17961 de 23 de agosto de 2004 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. En dicha providencia precisó:

[...]

3 De acuerdo con esas premisas, y en lo pertinente para la definición del presente recurso, bien puede decirse que cuando los cónyuges deciden disolver la sociedad conyugal por mutuo acuerdo elevado a escritura pública e incluyen en ésta el inventario de bienes y deudas sociales para distribuirlos entre ellos como corresponde, han concretado en un solo instrumento el acto de disolución de la sociedad conyugal y el acto de la partición de la masa de gananciales que, como universalidad, surge del primero; igualmente resulta admisible que por escritura pública se disuelva dicha sociedad y después en otra se haga la partición correspondiente.

3. Pero bien puede suceder que obre el acuerdo de los cónyuges y se materialicen tales actos solemnes simultáneamente o por separado, mas sin comprender la liquidación de la sociedad conyugal efectuada de mutuo acuerdo todos los bienes que integran la masa social, por lo que importa indagar qué sucede con los que no fueron incluidos en los inventarios iniciales y sobre los cuales nada se dispuso, respuesta que reclama este proceso, dadas las circunstancias fácticas que ofrece la demanda con que se instauró.

Sobre esa hipótesis es preciso observar lo siguiente:

a) **Si se trata de un bien perteneciente al haber de la sociedad conyugal, no por haber quedado él por fuera de los inventarios y, por consiguiente, de la partición, deja de integrar la universalidad que se constituye con la masa de gananciales que se forma cuando se disuelve esa sociedad por cualquier causa; la universalidad deja de ser tal cuando se partan y adjudiquen todos los bienes que la integran, lo cual quiere decir que si uno de ellos resulta preterido en tales actos sin ninguna justificación, por fuerza queda pendiente la partición respecto de él por los procedimientos que la ley establece para el efecto. Fluye lo anterior porque todas las especies “que existieron en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario”, según lo dispone el artículo 1795 del C. Civil.**

b) Si en el entretanto ha fallecido uno de los cónyuges, pueden entonces los herederos del respectivo causante, de mutuo acuerdo con el cónyuge supérstite, elevado a escritura pública, efectuar la liquidación adicional ante notario, como quiera que, de acuerdo con lo explicado atrás, es posible que los actos de disolución y liquidación obren separadamente y más en este caso donde se presentarían así por fuerza de la aparición de un bien no considerado por los cónyuges en el inventario inicial; dichos herederos están habilitados para consentir con el otro cónyuge en una liquidación adicional porque de conformidad con el artículo 1836, “gozan de los mismos derechos y están sujetos a las mismas acciones que el cónyuge que representan”.



c) **Y a falta de acuerdo sobre el particular o porque así lo prefieren los interesados, deben concurrir a liquidar la sociedad conyugal en la parte de los gananciales que no se haya efectuado, para lo cual bien se puede aprovechar el espacio del respectivo proceso de sucesión abierto con ocasión de la muerte de uno de los cónyuges, en donde inclusive es posible denunciar como relicto lo que le corresponda al difunto en los gananciales que no fueron considerados en la liquidación efectuada por mutuo acuerdo de los cónyuges, sin que haya existido un motivo válido para excluirlo.**

**Tal posibilidad no se reduce a la hipótesis en que la sociedad se disuelve “por la muerte de uno de los cónyuges”, según las voces del artículo 586, inciso final, del C. de P. Civil, pues nada impide que el proceso de sucesión –de la estirpe de los procesos de liquidación (Título XXIX, capítulo IV, artículos 586 y siguientes del C. de P. Civil)– se erija también como el escenario propicio para provocar la liquidación adicional de una sociedad conyugal que en vida de los cónyuges apenas fue parcial o no alcanzó de alguna manera su punto final, previo, claro está, el cumplimiento de los trámites pertinentes.**

**Ciertamente que esa opción se da porque, de un lado, también tiene origen en la muerte de uno de los cónyuges y sirve entonces para definir los derechos del difunto en la sociedad conyugal que a su vez le han de corresponder a los herederos del mismo, así no haya sido el óbito la causa de la disolución de la sociedad conyugal; y de otro lado, porque legalmente toda liquidación de herencia o sociedad conyugal que no quiera o pueda hacerse ante notario, o cuyo trámite ante éste se frustra, desemboca necesariamente en los procesos de liquidación, los que se remiten, en lo esencial, a las normas del proceso de sucesión y particularmente a las que regulan la partición.**

**4. En conclusión, es admisible que cuando en el acuerdo de disolución y liquidación de la sociedad conyugal no se incluyen bienes pertenecientes al haber social o que se presumen que lo son, a falta de la liquidación adicional ante notario provocada por los mismos cónyuges o por sus herederos, están habilitados estos para instaurarla dentro del proceso de sucesión del cónyuge que fallezca posteriormente; [...]**

Es claro, pues, que la tesis que desconoce que el predio rural «Miraflores» pertenece a la comunidad universal de gananciales indivisa, también contraria a la ley y la jurisprudencia nacional expuesta sobre el tema. Por lo mismo, la decisión judicial recurrida está fundada en argumentos carentes de legitimidad. De ahí que espero que el señor juez de segundo grado, una vez confronte los fundamentos de la sentencia con los argumentos que sustentan el motivo de inconformidad aquí explicado, dé la razón a la parte apelante.

### **3 LA INVALIDEZ DE LOS CONTRATOS CIVILES ENJUICIADOS**

Como quedó dicho arriba, las tesis que soportan el fallo impugnado le permitieron a la señora juez de primer grado despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda. Por eso, en este apartado me limitaré a demostrar que con las tesis contrarias antes expuestas es procedente declarar la invalidez de los contratos civiles enjuiciados por haber sido celebrados con prescindencia de las normas imperativas o prohibitivas que los regulan,



imponiéndose la negación de su eficacia vinculante, esto es, su invalidez, como sanción, por las irregularidades que los afectan, las cuales se examinan a continuación.

Respecto de las IRREGULARIDADES DEL FIDEICOMISO CELEBRADO por el señor Pedro Nel Montoya Reza, cabe mencionar las siguientes:

**La carencia de objeto lícito.**

Se configuró esta irregularidad cuando en la cláusula primera de la escritura pública número 883 de fecha 12 de marzo de 2015, otorgada en la notaría veintiuno del círculo de Santiago de Cali (fols. 69 a 77), se estipuló como objeto del fideicomiso el predio rural «Miraflores», que es un bien ajeno perteneciente a la comunidad universal de gananciales indivisa, y sobre el cual el constituyente no podía realizar la transmisión de la propiedad.

Esta ilegalidad se derivada de la infracción de uno de los requisitos de validez del contrato, que consagra el Código civil, en su artículo 1502, el cual reza: *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1.º que sea legalmente capaz; 2.º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3.º que recaiga sobre un objeto lícito; 4.º que tenga causa lícita”*.

Al constituir el fideicomiso tantas veces mencionado, el fideicomitente incumplió el deber enunciado en el ordinal 3.º de la norma antes transcrita: que el acto celebrado recaiga sobre un objeto lícito.

Por lo demás, la regulación sobre la propiedad fiduciaria o fideicomiso consagrada en el Código civil, en su artículo 795, preceptúa: *“No puede constituirse fideicomiso sino sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos”*. Esta norma presupone que en la constitución de todo fideicomiso, el fideicomitente está facultado para incluir como objeto de dicho contrato sólo bienes de su propiedad, esto es, de su exclusivo dominio, atributo este que no se puede predicar respecto del predio rural «Miraflores», como quedó establecido en el apartado 1.4.

Es, pues, evidente la configuración de la irregularidad anotada; de ahí que la estipulación contenida en la cláusula primera del fideicomiso constituido mediante la escritura pública número 883 de fecha 12 de marzo de 2015, otorgada en la notaría veintiuno del círculo de Santiago de Cali, fuera inválida; por lo mismo, tal estipulación carece de eficacia, esto es, que no podía tener ningún efecto, sin importar que existiera defecto estructural del contrato o infracción de normas imperativas que aparejaran la sanción de invalidez.

Demostrada la invalidez e ineficacia de la estipulación primera del contrato de fideicomiso celebrado el 12 de marzo de 2015, por carecer de objeto lícito, de suyo deviene la sanción de nulidad absoluta, como lo previene el artículo 1740 del Código civil.



### **La falta de designación de fiduciario**

Tuvo lugar esta irregularidad cuando el constituyente del fideicomiso de que se trata se abstuvo de designar fiduciario, esto es, la persona a la que le debía transmitir la propiedad de los bienes comprendidos en el fideicomiso, y quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato. Así, el fideicomiso constituido es ilegal por cuanto carece de uno de sus elementos esenciales: el fiduciario.

Conforme a la definición de fideicomiso que trae el ‘Diccionario panhispánico del español jurídico’, editado por la Real Academia Española, es el “*contrato por el que una parte, llamada fiduciante, transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.*” De esta definición se concluye que es el fiduciario la persona esencial o fundamental en un contrato de fideicomiso.

Según el artículo 1501 del Código civil, “*Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales*”. Y Agrega: “*Son de la **esencia** de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; ...*”. Así pues, ninguna de las cláusulas del fideicomiso constituido por medio de la escritura pública número 883 de fecha 12 de marzo de 2015, otorgada en la notaría veintiuno del círculo de Santiago de Cali (fols. 69 a 77), alude a la designación de fiduciario, contrariando así la citada disposición.

A propósito de los elementos esenciales del fideicomiso, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“Los códigos modernos determinan y establecen los elementos esenciales que constituyen el fideicomiso, que son los siguientes: bienes que sean susceptibles de constituirse en fideicomiso, existencia de dos personas, fiduciario y fideicomisario, y existencia de una condición en virtud de la cual la propiedad pasa del fiduciario al fideicomisario (C. C., arts. 794, 795 y 799)”. (Cas., 17 agosto 1944, tomo LVII, pág. 527).

Carece el fideicomiso de marras de la designación de fiduciario, que constituye uno de los elementos esenciales de tal contrato. En consecuencia, dicho fideicomiso es inválido y no podía, por tanto, producir efecto alguno, o degeneraba en otro contrato diferente, como sería una donación.

Demostrada la invalidez e ineficacia del contrato de fideicomiso celebrado el 12 de marzo de 2015, por faltarle un elemento esencial, de suyo deviene la sanción de nulidad absoluta, como lo advierte el artículo 1741 del Código civil.



### **La falta de condición**

Acaeció esta irregularidad cuando el constituyente del fideicomiso de que se trata, en la cláusula tercera (sic) de la escritura pública número 883 de fecha 12 de marzo de 2015, otorgada en la notaría veintiuno del círculo de Santiago de Cali (fols. 69 a 77), determinó que sería el hecho de su fallecimiento el evento del que, como condición, pendía la restitución del fideicomiso, o sea, la traslación de la propiedad a la fideicomisaria en cuyo favor se constituyó el fideicomiso. Y no podía ser el fallecimiento del constituyente del fideicomiso el evento del cual pendiera la restitución por cuanto se trata de un hecho futuro pero cierto. Por eso, el fideicomiso constituido es ilegal porque carece de uno de sus elementos esenciales: la condición.

Ahora bien, careciendo el fideicomiso constituido tantas veces mencionado del elemento esencial denominado condición, es evidente la infracción del artículo 1501 del Código civil, que establece los elementos esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos. Por lo mismo, es un contrato inválido, no pudiendo producir ningún efecto.

Demostrada la invalidez e ineficacia del fideicomiso celebrado el 12 de marzo de 2015, por faltarle el elemento esencial denominado condición, de suyo deviene la sanción de nulidad absoluta, como lo señala el artículo 1741 del Código civil.

Con respecto a las IRREGULARIDADES DEL CONTRATO DE RESTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO celebrado por la fideicomisaria, conviene reseñar las siguientes:

### **La invalidez del fideicomiso celebrado comporta la invalidez de la restitución**

Cumplida la supuesta condición de que pendía la restitución del fideicomiso, esto es, la muerte del constituyente, la señora Marta Cecilia Montoya Montoya, en su condición de fideicomisaria, obtuvo la restitución de los bienes afectos al fideicomiso, otorgando la escritura pública número 5.850 de fecha 16 de diciembre de 2015 en la notaría veintiuno del círculo de Santiago de Cali (fols. 79 a 83). Por eso, hay que decir que la restitución es un contrato coligado con el fideicomiso.

Demostrada la invalidez del fideicomiso en el apartado anterior, es obvio que también la restitución esté afectada de invalidez e ineficacia en lo que respecta al predio rural «Miraflores».

Al respecto, el catedrático José Luis Lacruz Berdejo y otros, en su obra 'Elementos de derecho civil II' (tercera edición, 1994, José María Bosch Editor S. A., Barcelona), en particular en la sección segunda 'Teoría general del contrato', al tratar el tema 'Las consecuencias de la invalidez' (pág. 585), expresa: "*El contrato inválido es ineficaz. Quod nullum est, nullum producid effectum. Esta es la primera y general consecuencia de la invalidez: los contratantes no quedan vinculados, no nacen las obligaciones previstas, las*



*atribuciones patrimoniales eventualmente operadas en atención al contrato inválido deberán valorarse como producidas sin causa”.*

Quiere decir lo anterior que siendo inválida la cláusula primera del fideicomiso celebrado respecto del predio rural «Miraflores», que consta en la escritura pública número 883 de fecha 12 de marzo de 2015, otorgada en la notaría veintiuno del círculo de Santiago de Cali, también es inválido el contrato relativo a la restitución de dicho bien inmueble, contenido en la escritura pública número 5.850 de fecha 16 de diciembre de 2015, otorgada en la notaría veintiuno del círculo de Santiago de Cali, pues se trata de un contrato coligado; además, por los efectos de la propagación de la ineficacia, el contrato de fideicomiso ineficaz comporta un contrato de restitución ineficaz por guardar éste estrecha vinculación con aquél.

Queda así demostrada la invalidez de la restitución del fideicomiso, así como su ineficacia para producir todo efecto jurídico.

En lo tocante a las IRREGULARIDADES DEL CONTRATO DE VENTA de la cuota de derecho de dominio sobre el inmueble urbano celebrado por la fideicomisaria, se puntualizan las siguientes:

**La invalidez del fideicomiso y la de la restitución comportan la invalidez de la venta de la cuota de derecho de dominio sobre el inmueble urbano**

Bien es sabido que el contrato inválido es ineficaz; lo que significa que si el fideicomiso es ilegal por faltarle dos de sus elementos esenciales, la designación de fiduciario y la condición de que pendía la restitución, no podía producir efecto alguno; es decir, no podía la fideicomisaria obtener la restitución de los bienes comprendidos en el fideicomiso, entre ellos, el derecho de cuota, equivalente a un sexto (1/6), sobre el inmueble urbano, y menos podía celebrar contrato de compraventa respecto de dicha cuota de dominio, ya que estos dos últimos contratos (la restitución y la compraventa) están coligados con el fideicomiso, que es un contrato inválido e ineficaz.

Dicho de otra manera, la ineficacia del fideicomiso comporta la ineficacia de la restitución y de la compraventa del derecho de cuota sobre el inmueble urbano.

Es, pues, evidente la invalidez del contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 3.492 de fecha 26 de julio de 2016, otorgada en la notaría veintiuno del círculo de Santiago de Cali (fols. 92 a 96); por lo mismo, es un contrato totalmente ineficaz.

**La falta de precio en la compraventa celebrada**

Ocurrió esta irregularidad cuando la señora Marta Cecilia Montoya Montoya, una vez que, en calidad de fideicomisaria, obtuvo la restitución del fideicomiso de que se trata, celebró contrato de compraventa con su hermano León Darío Montoya Montoya respecto de la cuota de derecho de dominio, equivalente a un sexto (1/6), sobre la casa de habitación de dos plantas ubicada en el barrio El Refugio de la ciudad de Santiago de Cali, contrato que



está contenido en la escritura pública número 3.492 de fecha 26 de julio de 2016, otorgada en la notaría veintiuno del círculo de Santiago de Cali (fols. 92 a 96).

Al celebrar dicho negocio jurídico no se estipuló el precio de venta de la precitada cuota de dominio, como consta en el texto de tal instrumento público.

Pero en dicha escritura pública no sólo consta la venta que hace la señora Marta Cecilia a su hermano León Darío, sino también la compra por parte de éste del derecho de cuota, equivalente a un veintiunavo (1/21) a sus hermanos Marta Cecilia, Clara Inés, María Eugenia y Pedro Nel Montoya Montoya, que, en el susodicho inmueble, les fue adjudicado, a título de herencia, en la partición realizada dentro del trámite notarial de liquidación de herencia y de la sociedad conyugal tras la muerte de la señora Nohemy Montoya López. Y también consta en dicho instrumento público que el comprador pagó la suma de cincuenta y cinco millones de pesos (\$ 55.000.000.00) por la compra de todas las cuotas de derecho de dominio adquiridas a sus cuatro hermanos. Luego si cada uno de éstos recibió la suma de trece millones setecientos cincuenta mil pesos (\$ 13.750.000.00), es fácil deducir que la venta de ese un sexto (1/6) de derecho de dominio sobre el citado bien urbano, se hizo a título gratuito.

Así, la compraventa celebrada con respecto a la cuota de dominio equivalente a un sexto (1/6) sobre el inmueble urbano, contenida en la escritura pública número 3.492 de fecha 26 de julio de 2016, otorgada en la notaría veintiuno del círculo de Santiago de Cali, carece del elemento esencial denominado precio, lo que evidencia la infracción del artículo 1501 del Código civil, que establece los elementos esenciales, accidentales y de la naturaleza de los contratos, así como del artículo 1864 *ibidem*, que dispone que el precio de la venta debe ser determinado por los contratantes. Por lo mismo, dicha venta es inválida y no podía por tanto producir ningún efecto.

Demostrada la invalidez e ineficacia de tal contrato de compraventa, por faltarle el elemento esencial denominado precio, de suyo deviene la sanción de nulidad absoluta, como lo señala el artículo 1741 del Código civil.

En conclusión, fue el fideicomiso constituido en favor de una hija por parte del progenitor de los demandantes y demandados, el negocio jurídico que no sólo privó a los primeros del derecho a heredar, sino también el que desencadenó la celebración tanto del contrato de restitución del fideicomiso por parte de la fideicomisaria como del contrato de venta, a título gratuito, que ésta celebró con el otro hermano demandado respecto de la cuota de dominio sobre el inmueble urbano.

No cabe duda que la constitución del fideicomiso obedeció a una confabulación urdida por los demandados en contra de los demandantes, a los efectos de dejarlos sin herencia; para ello sólo les bastaba engañar a su progenitor haciéndole creer que celebrando tal contrato en favor de uno solo de los hijos que conforman el grupo preferido, se obviaba el trámite de un proceso de sucesión cuando él falleciera. Y claro que no había lugar para pensar en un



proceso de sucesión una vez ocurriera la muerte del constituyente del fideicomiso por cuanto para ese momento él ya ha dejado de ser el propietario de los bienes afectos a dicho contrato. Este es, precisamente, el trasfondo del engaño: hacerle creer a su progenitor que constituyendo el fideicomiso la transmisión de sus bienes a los herederos operaría sin necesidad de sucesión, y así poder birlar el derecho de heredar a los demandantes.

El mensaje escrito que el 25 de abril de 2015, ocho meses antes de su fallecimiento y luego de la constitución del fideicomiso, el señor Pedro Nel Montoya Reza dirigió a sus siete hijos, evidencia el trasfondo del engaño. Dice textualmente el mensaje:

Para mis queridos hijos Herney, Edgar, Marta C., León Darío, María Eugenia, Pedro Nel y Clara Inés.

Yo he tomado la determinación de acogerme a una fiducia por las ventajas que esta trae a la familia, tales como ya no necesita hacer sucesión de bienes.

Para el caso he designado a Marta C. como depositaria para que llegado el caso, o desde ya sea la coordinadora de la familia, todo por las buenas, no abogados ni evaluadores ni intermediarios, y Dios no lo quiera que se llegue al fatídico remate. Todo en familia como debe ser.

Los quiero. Don Pedro.

El mensaje transcrito, en todo su contexto, refleja la tradicional idea del progenitor de los demandantes y demandados, que siempre decía: «Cuando yo muera todos mis bienes los dejaré a mis hijos por partes iguales»; expresión que no corresponde a los efectos jurídicos del fideicomiso.

Obsérvese como los confabuladores le hicieron creer a su progenitor unos efectos jurídicos que el fideicomiso no produce una vez celebrado: le hicieron creer que la fideicomisaria es una depositaria de los bienes comprendidos en el fideicomiso; que desde antes de la muerte de él, la fideicomisaria sería la coordinadora de la familia respecto de los bienes incluidos en el fideicomiso; que no había necesidad de acudir a los servicios de abogado; que todo se haría en familia y por las buenas como debía ser.

Este último deseo del constituyente del fideicomiso representa su tradicional modo de pensar respecto de sus bienes.

En otras palabras, el referido mensaje refleja la voluntad interna y verdadera del constituyente del fideicomiso, es decir, querer que sus bienes fueran repartidos entre todos sus hijos, sin preferencias.

Pero, según la ley, bien distintos son los efectos jurídicos del fideicomiso constituido. Por eso, ante la falta de coincidencia entre la voluntad real y la declaración externa manifestada en el acto de constitución del fideicomiso, hay que decir que este contrato no es válido; de ahí que haya sido impugnado por nulidad absoluta.



**JUSTINIANO SANCHEZ SAA**

ABOGADO

Así pues, el acto de constitución del fideicomiso de que se trata adolecía no sólo de consentimiento real y verdadero por parte del constituyente, que nunca quiso los efectos jurídicos que produce tal contrato, sino también de objeto lícito, toda vez que el predio rural «Miraflores» incluido en él, es un bien ajeno perteneciente a la comunidad universal de gananciales indivisa, así como de dos de sus elementos esenciales, el fiduciario y la condición. Por lo mismo, el fideicomiso de marras no ha dejado de tener el calificativo de contrato sin causa.

De igual manera, tanto la restitución del fideicomiso como la venta de la cuota de dominio sobre el inmueble urbano son contratos sin causa, toda vez que son conexos con el fideicomiso que, como se dijo antes, es un contrato sin causa.

Señor juez de segundo grado: Es mi aspiración que los argumentos con que he sustentado los motivos de inconformidad expuestos, le permitan hacer la confrontación con los fundamentos de la sentencia recurrida, en orden a concluir si ésta merece ser confirmada o revocada.

De la señora juez, atentamente,

Santiago de Cali, 29 de junio de 2021



JUSTINIANO SANCHEZ SAA