

Santiago de Cali, 5 de abril de 2021

Magistrada

ANA LUZ ESCOBAR LOZANO

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE CALI

E.S.D.

Correo electrónico: sscivcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

Copia: Correo electrónico apoderada de los demandados Dra. María Esperanza Vásquez Rodríguez. - maesvaro@gmail.com

Copia Curadora Ad-Litem de los Herederos Indeterminados Dra. Claudia Liliana Anacona Chamorro: claudiana888@hotmail.com

PROCESO: Proceso Verbal de Mayor Cuantía - Simulación

DEMANDANTE: Natalia Vásquez Ocampo

DEMANDADOS: Octavio Vásquez Ocampo, Felipe Vásquez Ocampo e Indeterminados

RADICACIÓN: 76001310301320190017800

REFERENCIA: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN

HERNÁN BARRIOS VEGA, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 16.698.030, con tarjeta profesional número 48.598 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado de la señora **NATALIA VÁSQUEZ OCAMPO**, mayor de edad, domiciliada en Estados Unidos de Norte América, identificada con cédula de ciudadanía número 31.898.344, dentro del término de ley me permito sustentar el recurso de Apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida el día 25 de febrero de 2021 por el señor Juez Trece (13) Civil del Circuito de Cali, de conformidad con el auto del diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021) proferido por su despacho, notificado por estados el día dieciocho (18) de marzo de dos mil veintiuno (2021) habiendo quedado ejecutoriado el día veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021) y estando dentro del termino legal teniendo en cuenta la vacancia judicial de Semana Santa:

I. DE LA SENTENCIA QUE SE IMPUGNA.

El Señor Juez Trece (13) Civil dl Circuito de Cali, dictó el veinticinco (25) de febrero de 2021, sentencia de primera instancia negando las pretensiones de la demanda, especialmente las que pretendían:

(I) Se declarara la simulación de los actos jurídicos contenidos en las escrituras públicas No. 2372 de fecha 08 de julio de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali y la No. 4596 de fecha 20 de diciembre de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali, mediante las cuales se simuló la constitución de un fideicomiso civil cuando la realidad lo que se quería era testar, para disponer así en vida de la totalidad del patrimonio del señor Octavio Vásquez Montesdeoca, violando las disposiciones legales sobre el otorgamiento de los testamentos y afectando los derechos de mi mandante en dicho reparto en vida de la totalidad del patrimonio del señor Octavio Vásquez Montesdeoca, y (II) Se declarará la Nulidad de las escrituras públicas número 277 del 27 de enero de 2017 otorgada en la Notaría Octava del Circulo de Cali, en la cual compareció como otorgante exclusivamente el señor Octavio Vásquez Ocampo, quien aparece como fideicomisario en la Escritura Pública 2372 de fecha 08 de julio de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali y escritura pública 214 del 23 de enero de 2017 otorgada en la Notaría Octava de Cali, en la cual compareció como otorgante exclusivamente el señor Felipe Vásquez Ocampo, quien aparece como fideicomisario en la Escritura Pública 2372 de fecha 08 de julio de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali, escrituras mediante las cuales quienes figuraban como fideicomisarios o beneficiarios, de manera unilateral se restituyeron los bienes sin la comparecencia del Fiduciario como ordena la ley.

El señor Juez fundamenta su sentencia en lo siguiente:

1. Que solo es posible la simulación sobre actos de naturaleza bilateral en donde debe existir un acuerdo de voluntades y que siendo la Fiducia Civil un acto unilateral y de exclusiva voluntad del Fiduciante no es posible solicitar la declaratoria de la simulación del mismo.
2. Que los fideicomisarios o beneficiarios por el solo hecho de la configuración de la condición pueden de concurrir de manera unilateral a efectuar la restitución a su favor de los bienes sin concurrencia del fiduciario.

II. DE LOS REPAROS CONCRETOS FORMULADOS EN LA AUDIENCIA AL INTERPONER EL RECURSO

1. Indebida interpretación de la ley ya que, en los actos jurídicos unilaterales, especialmente en el de constitución del Fideicomiso Civil cuando no se designa Propietario Fiduciario también puede ser utilizado para la simulación de actos jurídicos en detrimentos de terceros.
2. Indebida apreciación de las pruebas. Para probar la simulación son válidos todos los medios de prueba y no solamente se deben tener en cuenta los indicios, más cuando con los testimonios del Notario y de la Contadora quedo revelada la verdadera intención del Fiduciante, pruebas que fueron desechadas por el Juez.

3. Al haber conservado el Fiduciante la calidad de Fiduciario y al haber fallecido, sus hijos ocuparon su lugar y han debido comparecer al acto de restitución en tal calidad y no era posible que los beneficiarios por si mismos pudieran restituirse unilateralmente los bienes.

III. DE LO QUE SE PROBÓ EN EL PROCESO

1. Que mediante las escrituras públicas No. 2372 de fecha 08 de julio de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali y la No. 4596 de fecha 20 de diciembre de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali, el señor Hernán Vásquez Montesdeoca, dispuso en vida de la totalidad de su patrimonio. Ello quedó demostrado con el testimonio de la señora Contadora Pública Olga Lucía Varela Contadora de toda la vida del señor Hernán Vásquez Montesdeoca.
2. Que el objetivo perseguido con tales escrituras públicas era repartir en vida la totalidad del patrimonio simulando la constitución de los fideicomisos civiles eludiendo las normas del testamento. Lo anterior quedó demostrado con los testimonios de la señora Contadora Pública Olga Lucía Varela Contadora de toda la vida del señor Hernán Vásquez Montesdeoca, quien declaró que este le había manifestado como objetivo era arreglar sus papeles y evitar testamento y juicio de sucesión y del Notario Octavo de Cali, Dr. Luis Orison Arias Bonilla, quien declaró que el señor Hernán Vásquez Montesdeoca la había manifestado que los Fideicomisos era para repartir sus bienes entre sus hijos.
3. Que en las citadas escrituras públicas de constitución de los fideicomisos civiles se estableció como causal de restitución de los bienes la muerte del señor Hernán Vásquez Montesdeoca.
4. Que en las escrituras públicas No. 2372 de fecha 08 de julio de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali y la No. 4596 de fecha 20 de diciembre de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali, el señor Octavio Vásquez Montesdeoca no designó Fiduciario y por ello se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 807 del Código Civil, es decir, la propiedad Fiduciaria quedé en cabeza del mismo constituyente o sus herederos, en caso de fallecimiento.¹
5. Que el señor Octavio Vásquez Montesdeoca falleció el veintidós (22) de diciembre de 2016.
6. Que al fallecimiento del señor Hernán Vásquez Montesdeoca los señores Felipe Vásquez Ocampo y Octavio Vásquez Ocampo, mediante las escrituras públicas 214 del 23 de enero de 2017 otorgada en la Notaría Octava de Cali, en la cual compareció como otorgante

¹ C.C. ART. 807. —Cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquiera causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos.

exclusivamente el señor Felipe Vásquez Ocampo, quien aparece como fideicomisario en la Escritura Pública 2372 de fecha 08 de julio de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali y 277 del 27 de enero de 2017 otorgada en la Notaría Octava del Circulo de Cali, en la cual compareció como otorgante exclusivamente el señor Octavio Vásquez Ocampo, quien aparece como fideicomisario en la Escritura Pública 2372 de fecha 08 de julio de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali, cada uno de manera unilateral, procedieron a efectuar la restitución de los bienes inmuebles respecto de los cuales habían sido designados beneficiarios o fideicomisarios.

7. Que los herederos del señor Hernán Vásquez Montesdeoca son la demandante señora Natalia Vásquez Ocampo y los demandados Felipe Vásquez Ocampo y Octavio Vásquez Ocampo.
8. Que por lo tanto como herederos del señor Hernán Vásquez Montesdeoca, y en caso de que se considere que los fideicomisos civiles cuya simulación se demandó son legales, pasaron a ocupar a su fallecimiento su calidad de Propietarios Fiduciarios de la totalidad de los bienes que fueron Fideicomitados, y en tal sentido han debido en tal calidad comparecido en calidad de propietarios fiduciarios a la firma de las escrituras públicas de restitución, lo cual no aconteció.

IV. DE LOS MOTIVOS DE INCONFORMIDAD Y LA SUSTENTACIÓN

A. INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA LEY YA QUE EN LOS ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES TAMBIÉN PUEDE HACER SIMULACIÓN.

Manifestó el señor Juez que de conformidad con lo establecido en el artículo 1766 del Código Civil que solo era posible demandar la simulación de actos jurídicos en los actos jurídicos de naturaleza bilateral, es decir, en aquel en cuya conformación hubiera pluralidad de individuos y que en el presente asunto no existió dicha pluralidad porque los actos habían sido suscritos de manera unilateral por el Fiduciante señor Hernán Vásquez Montesdeoca (Q.E.P.D.), sin la intervención de ninguna otra persona, inclusive los beneficiarios de la simulada Fiducia Civil. Para ello se fundamentó en una sentencia dictada por la Sala Civil del Tribunal de Distrito Judicial de Cali, Magistrado Homero Mora Insuasti.

Para efecto de organización se dividirá la sustentación en la siguiente forma:

1. Es necesario señalar las características de la propiedad fiduciaria por el Autor Luis Guillermo Velásquez Jaramillo en su obra “Bienes” Décimo Tercera Edición Editorial Temis página 254:

“En el anterior ejemplo se observan las características del fideicomiso:

- a) Existencia de tres sujetos: el fideicomitente o constituyente (José), que dispone por testamento de un bien de su patrimonio en favor del propietario fiduciario (Carlos Mario), con cargo de transferirle a un tercero (Julián). El propietario o fiduciario (Carlos Mario), que recibe el dominio bajo condición. El fideicomisario (Julián), a quien debe transferírsele el dominio una vez cumplida la condición, esto es, que se gradué de ingeniero.

Esta traslación de la propiedad del fiduciario al fideicomisario se denomina restitución (C.C. art. 794, inc. 4º)

- b) Su constitución por acto testamentario o entre vivos. De conformidad con el artículo 796 del Código Civil, “Los fideicomisos no pueden constituirse sino por acto entre vivos otorgado en instrumento público o por acto testamentario”. Si es por acto entre vivos requiere la solemnidad de la escritura pública así comprenda solo bienes muebles. Si es sobre inmuebles, requiere, además de la solemnidad de la escritura pública, la inscripción en su correspondiente folio magnético en la oficina de registro de instrumentos públicos de ubicación del inmueble. Si es por testamento, deben cumplirse por el testador los requisitos establecidos para este tipo de asignaciones establecidas en el libro tercero, título I y siguientes del Código Civil. (...)”

De otra parte, siguiendo con los elementos característicos del fideicomiso civil nos encontramos con lo señalado por la Superintendencia de Notariado y Registro en la Instrucción Administrativa 6 del año 2017. Texto tomado de Legis.

“I.A. 6/2017, Supernotariado.

***Tema:** Naturaleza jurídica de los bienes con respecto a los cuales se constituye un fideicomiso civil.*

Señores(as) registradores(as) de instrumentos públicos:

Teniendo en cuenta que el día 7 de marzo de 2017 se reunió el Comité de Asuntos Jurídicos de la Superintendencia de Notariado y Registro, en cuya sesión se estudió la naturaleza jurídica de los bienes sobre los cuales se constituye la figura del fideicomiso civil.

Que en dicha sesión del Comité de Asuntos Jurídicos, fue objeto de estudio la figura aludida en los siguientes términos:

“Fideicomiso civil.

Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La

traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución (C.C., art. 794).

Como elementos de la propiedad fiduciaria tenemos, el constituyente, el fiduciario, el fideicomisario, la cosa fideicomitida, la condición y la restitución. El constituyente, es la persona que instituye o crea el fideicomiso. Fiduciario: Es la persona que recibe la cosa con la carga de la restitución, pero eso se llama “propietario fiduciario”, es dueño de la cosa hasta el día en que se cumpla la condición. Fideicomisario: Es la persona a quien debe hacerse la restitución que es “la traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso” (C.C., art. 794), tiene la expectativa de ser dueño de la cosa mientras la condición está pendiente. (negrita y subrayado fuera de texto)

No obstante el artículo 807, C. C., establece que, cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquiera causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos. En otras palabras las calidades de constituyente y fiduciario pueden concurrir en la misma persona (negrita y subrayado fuera de texto).

Una vez cumplida la condición se extingue el derecho del fiduciario y nace la del fideicomisario, para lo cual el fiduciario debe transferir al fideicomisario el dominio de la cosa. (...)

De otra parte, en los artículos 810, 815, 817 y 820 del Código Civil se hace una exhaustiva regulación de las obligaciones del Fiduciario.

Conforme a lo anterior, es evidente que desde el punto de vista de la estructura de la propiedad fiduciaria la ley prevé la participación en la misma del Fiduciante o fideicomitente y del Fiduciario o propietario fiduciario, permitiendo, sin embargo, que se omita su designación caso en el cual su posición la ocupa el mismo constituyente. Por ello si se aceptara la tesis del fallador de primera instancia de que solamente se podría demandar y decretar la simulación de actos en los cuales haya pluralidad de partes, es claro que erró al considerar que la simulación no puede ser aplicable a los fideicomisos civiles por no existir en ella pluralidad de partes, cuando el Código Civil regula ampliamente los derechos y obligaciones de fideicomitente y propietario fiduciario.

Lo anterior sin perjuicio que la misma ley habilite que no sea posible no designar propietario fiduciario, el cual no es que deje de existir, sino que la propiedad fiduciaria la goza el mismo constituyente, permitiendo que una misma persona ejerza las dos calidades, pero sin que ello implique la desaparición del mundo jurídico de las figuras de constituyente o fideicomitente y propietario fiduciario.

2. En segundo lugar, para sustentar porque si es posible demandar la simulación de los actos de constitución de fiducias civiles cuando los mismos recaen sobre la totalidad del patrimonio del constituyente y el mismo es constituido sin la designación de un tercero propietario fiduciario, ocupando el constituyente las dos posiciones, como ocurrió en el presente caso, es necesario señalar que el señor Juez Trece (13) Civil del Circuito al dictar la sentencia, desconoció el avance jurisprudencial al respecto señalado en la Sentencia C-683 del 10 de septiembre de 2014, Magistrado Ponente el Dr. Mauricio González Cuervo, mediante la cual la Corte Constitucional, al analizar la demanda en contra del Parágrafo del artículo 487 de la ley 1564 de 2012, relacionado con la posibilidad de efectuar la partición en vida de los bienes de una persona, en la cual se estableció que la Fiducia Civil puede utilizarse para llevar a cabo actos jurídicos simulados, particularmente aquellos que implican disponer de la totalidad del patrimonio en vida de una persona, mediante la constitución de Fiducia Civil.

En el texto de la sentencia se transcribe la intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho:

“3.1. Ministerio de Justicia y del Derecho: exequibilidad.

La figura de la partición del patrimonio en vida se inspiró en el proyecto de Código Civil Unificado para Latino América que la contemplaba en los mismos términos. La introducción en nuestra legislación se justificó para evitar una serie de negocios jurídicos simulados y de procedimientos engorrosos como la fiducia o la creación de sociedades que se creaban para ocultar el verdadero interés de distribuir los bienes de determinada persona en vida siendo, por consiguiente, un mecanismo jurídico más efectivo para la protección de los derechos de los herederos. Asimismo, la creación de este instrumento tiene como fin evitar procesos sucesorios innecesarios. La disposición acusada establece expresamente que la partición en vida debe respetar las asignaciones forzosas lo cual incluye a los hijos que se hayan tenido antes o después de la misma, razón por la cual se prevé la posibilidad de solicitar la rescisión dentro de los dos años siguientes a la fecha en la que se tuvo conocimiento o se debió tener conocimiento de la partición. Tampoco se consideran violados los derechos al debido proceso, a la defensa y al acceso a la justicia puesto que la partición requiere de previa licencia judicial, es decir que el juez debe ser quien autorice en primer lugar el trámite. (Subrayas no son del texto original)

Es así, como la Corte Constitucional en la mencionada Sentencia C-683, en el numeral 5.2.5. de las CONSIDERACIONES, señaló:

“5.2.5. Ahora bien, tal y como se señaló arriba, a la sucesión por muerte y a las donaciones entre vivos, el Código General del Proceso agregó la partición del patrimonio en vida para

permitir a las personas la libre disposición de la totalidad o de una parte de sus bienes, los cuales podrán ser distribuidos a los asignatarios antes de la muerte de quien de manera voluntaria los asigna, sin necesidad de acudir a un proceso de sucesión y siempre y cuando se cumplan ciertos presupuestos como el respeto de las asignaciones forzosas, los derechos de terceros y los gananciales.

Dicha figura fue incorporada en el informe de ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley (196/11 Cámara - 159/11 Senado) en la Cámara de Representantes, considerando la importancia de la misma **para evitar negocios jurídicos simulados o procedimientos complejos, como las fiducias o la creación de sociedades, que realizaban ciertas personas con el fin de ocultar el verdadero interés de partir en vida su patrimonio y de este modo evitar procesos de sucesión innecesarios**⁽¹⁴⁾. En la ponencia para tercer debate del proyecto de ley igualmente se exaltó la inclusión de la partición del patrimonio en vida que garantiza los derechos de los herederos y de los terceros a diferencia de otras figuras empleadas usualmente para adjudicar bienes en vida⁽¹⁵⁾.

La partición del patrimonio en vida responde de esta manera a la necesidad de regular una situación que se venía presentando de tiempo atrás y que eventualmente podría perjudicar intereses de terceros, consagrándose además como una excepción ulterior del artículo 1520 del Código Civil que prohíbe la sucesión por causa de muerte de una persona viva⁽¹⁶⁾, en los casos en los que se procede a la partición de todo el patrimonio de cierto individuo⁽¹⁷⁾. (...)

(...)De este modo, la partición en vida protege, de un lado, la autonomía de la voluntad de quien decide disponer en vida de sus bienes. Por otra parte, ampara el patrimonio de los herederos y de los terceros interesados al asegurar que la partición respetará las asignaciones forzosas, los gananciales y los derechos de terceros. (...)" (Subrayas no son del texto original)

Esta nueva figura (la de la partición patrimonial en vida) incorporada en el Código General del Proceso, tal y como lo indica el Ministerio de Justicia y del Derecho en su intervención en la Sentencia C-683, "(...) se justificó para evitar una serie de negocios jurídicos simulados y de procedimientos engorrosos como la fiducia o la creación de sociedades que se creaban para ocultar el verdadero interés de distribuir los bienes de determinada persona en vida siendo, por consiguiente, un mecanismo jurídico más efectivo para la protección de los derechos de los herederos (sic)."

Como puede evidenciarse de los apartes citados contenidos en la Sentencia C- 683, de las intervenciones del Ministerio de Justicia y del Derecho, así como de la propia Corte Constitucional citando las ponencias de la Ley que introdujo el párrafo del artículo 487 de la ley 1564 de 2012, es claro que la constitución de un fideicomiso civil a efecto de hacer la partición en vida del patrimonio de una persona es considerado como un negocio jurídico

simulado, independientemente de su calidad de bilateral o unilateral, que busca exclusivamente ocultar el interés de partir en vida en patrimonio y eludir el proceso de sucesión, y por lo tanto prohibido a la luz de las disposiciones legales vigentes.

Esto cobra gran importancia en el caso en particular, pues al suscribirse las escrituras públicas No. 2372 de fecha 08 de julio de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali y la No. 4596 de fecha 20 de diciembre de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali, el señor Hernán Vásquez Montesdeoca (QEPD) fungía bajo las dos calidades de fiduciante y fiduciario, motivo por el cual no se realizó una transferencia real del dominio de los bienes fideicomitidos, de modo que, los bienes inmuebles fideicomitidos siguieron en cabeza del mismo propietario hasta el día de su fallecimiento.

Es claro por lo tanto que, el supuesto fideicomiso civil contenido en estas escrituras públicas goza de los vicios señalados por la corte Constitucional en la sentencia que declaró la constitucionalidad del parágrafo del artículo 487 de la ley 1564 de 2012 y destacado en la cita jurisprudencial, en el sentido de que el señor Hernán Vásquez Montesdeoca al haber seguido siendo el propietario absoluto de los inmuebles supuestamente fideicomitidos, lo que realmente pretendía con dichas escrituras era testar en favor de sus tres herederos la totalidad de sus bienes pero disfrazando dicho acto testamentario bajo la figura del fideicomiso civil para evitar la apertura del proceso de sucesión dentro del cual se garantizaran los derechos de los herederos y de terceros, cosa que no ocurrió con el acto simulado

De tal manera, que con el fallecimiento del causante Hernán Vásquez Montesdeoca (QEPD), se tendría que iniciar un proceso de sucesión, pues los inmuebles nunca salieron del patrimonio del causante y entran a ser parte de la masa sucesoral del mismo.

Debe tenerse en cuenta que la causal establecida en las referidas escrituras publicas No. 2372 de fecha 08 de julio de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali y la No. 4596 de fecha 20 de diciembre de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali, para la restitución de los inmuebles supuestamente fideicomitidos, a sus beneficiarios era la muerte del mismo fideicomitente fiduciario, lo cual evidencia era que con el simulado negocio del fideicomiso lo que se pretendía era constituir en vida un testamento, pero evitando la apertura del proceso sucesoral del señor Hernán Vásquez Montesdeoca (QEPD) disfrazándolo de un fideicomiso civil.

3. De otra parte para entender que si es posible demandar y decretar la simulación de fiducias civiles cuando las mismas se constituyen sobre la totalidad de bienes de una persona, en las cuales de solo concurra al acto de constitución el constituyente o fideicomitente, sin designar propietario fiduciario y por lo tanto conservando las dos condiciones, todo ello con el objetivo de eludir el trámite sucesoral, es importante citar lo señalado en la exposición

de motivos del Código General del Proceso en el informe de ponencia para el segundo debate publicada en la Gaceta del Congreso número 745 del 4 de octubre de 2011.

Artículo 487. Disposiciones preliminares. Se incorporan dos modificaciones en este artículo En primer lugar, se incluyen también como asuntos que se tramitan en el proceso de sucesión la liquidación de sociedades patrimoniales que, aunque disueltas antes de la muerte del causante, su liquidación hubiera quedado pendiente. Con esta inclusión se cubren todos los posibles escenarios en relación con los compañeros permanentes.

De otro lado, se propone la inclusión de un párrafo nuevo en donde se incluye una figura que viene del Proyecto de Código Civil Unificado para Latinoamérica, consistente en la posibilidad de que llevar a cabo la partición espontánea, en vida, del patrimonio de una persona. En este sentido, quien de manera espontánea y voluntaria quiera adjudicar todo o parte de sus bienes, podrá, previa la obtención de una licencia judicial, proceder a ello mediante escritura pública. Es importante anotar que, en todo caso, se deberán respetar las asignaciones forzosas, los gananciales (caso en el cual deberá contar con el consentimiento del cónyuge o compañero) y los derechos de terceros. De igual forma, se establece la posibilidad de que el cónyuge o compañero permanente o los terceros puedan pedir su rescisión dentro de los dos (2) años siguientes a su otorgamiento.

Se trata de una importante disposición con la cual, de una parte, se evitan una serie de negocios jurídicos simulados o engorrosos procedimientos (como fiducias o creación de sociedades) en los que algunas personas incurrieron en aras de ocultar el verdadero interés de partir su patrimonio en vida y, de la otra, evitar procesos de sucesión innecesarios. (Subrayas y negrillas no son del texto original).

Fue el legislador en la exposición de motivos que creo la novedosa figura de la partición patrimonial en vida, quien señaló que las fiducias se encuentran entre los negocios jurídicos utilizados para ocultar el verdadero interés de las personas de partir su patrimonio en vida y de esa manera evitar el particular los procesos de sucesión. Por ello, si se llega a demostrar en el proceso que la verdadera intención del fideicomitente al constituir la fiducia civil era efectuar dicha partición en vida sin sujetarse a las reglas establecidas para ello en la ley, es deber del fallador declarar la simulación de los actos jurídicos contentivos de la constitución de las fiducias civiles.

En el presente caso olvidó el fallador de primera instancia lo dispuesto en el artículo 25 de Código Civil, respeto a que corresponde al legislador fijar el sentido de una ley. En este caso, el legislador en la exposición de motivos del Código General del Proceso, interpretó que el fideicomiso civil puede ser utilizado para simular la partición en vida del patrimonio de una persona y por tal razón no puede el juzgador desconocer dicha interpretación, so pretexto de apegarse a interpretaciones jurisprudenciales construidas antes del nuevo Código General del Proceso, las cuales si bien siguen siendo válidas, limitan su alcance al desconocer nuevas situaciones bajo las cuales actos jurídicos que puede provenir de la intervención de una sola persona, como la constitución de un fideicomiso civil en el cual las calidades de fideicomitente y propietario fiduciario se radiquen en una sola persona, pueden ser

utilizados para simular las verdaderas intenciones de su otorgante y utilizarse como un mecanismo de violar la ley y afectar los intereses de terceros.

4. Finalmente, la doctrina igualmente se ha pronunciado al respecto, para lo cual me permito transcribir lo escrito el 27 de mayo de 2015 para la Revista *Ámbito Jurídico de Legis*, por el Dr. Jorge Forero Silva - Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y director del Consultorio Jurídico de la Universidad Javeriana:

“El Código General del Proceso (CGP) introdujo la partición del patrimonio en vida como instrumento que contrarresta actos jurídicos complejos y simulados que realiza el titular del dominio para evitar juicios de sucesión, tales como la constitución de sociedades, aportando sus bienes; la simulación de compraventas, o la celebración de fiducias. (..)

(..)El parágrafo del artículo 487 del nuevo ordenamiento procesal, y que con acierto fue declarado exequible por la Corte, evita que la persona que desea adjudicar sus bienes sin adelantar proceso de sucesión tenga que acudir a procedimientos que carecen de control judicial y, por tanto, se afecten derechos de terceros e incluso de herederos forzosos, situación que no será posible si solicita licencia para distribuir su patrimonio. Gracias a la intervención judicial, no se autorizará la distribución, si el enajenante sobrepasa los límites impuestos en la norma.(...)”

Es por todo lo anterior que el señor Juez Trece (13) Civil del Circuito de Cali, erró al interpretar y aplicar mal las normas legales, desconociendo la posibilidad de decretar la simulación de los actos jurídicos mediante los cuales el señor Hernán Vásquez Montesdeoca, dispuso de la totalidad de su patrimonio en vida, violando las disposiciones legales en la materia vigentes en el año 2011 y afectando los derechos de mi mandate como legitimaria.

Como conclusión de lo anterior, señalar como lo hizo el juez que no es posible declarar la simulación de una fiducia civil mediante la cual se hace partición en vida del todo el patrimonio del fideicomitente, porque no se trata de un acto de naturaleza bilateral conforme al artículo 1766 del Código Civil, implica desconocer la existencia de nuevas realidades reconocidas por el legislador al dictar las leyes y que son las que motivaron a la inclusión en el Código General del Proceso de la novedosa figura de la Partición del Patrimonio de una persona en vida. Esas nuevas realidades incuyen el reconocimiento de que la fiducia civil se estaba utilizando como un mecanismo de violación de las normas de partición patrimonial y como un mecanismo de defraudación de los intereses de terceros incluyendo en ellos los legitimarios de quien utilizaba la figura.

B. INDEBIDA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS. PARA PROBAR LA SIMULACIÓN SON VÁLIDOS TODOS LOS MEDIOS DE PRUEBA Y NO SOLAMENTE SE DEBEN TENER EN CUENTA LOS INDICIOS, MÁS CUANDO CON LOS TESTIMONIOS DEL NOTARIO Y DE LA CONTADORA QUEDO REVELADA LA VERDADERA INTENCIÓN DEL FIDUCIANTE, PRUEBAS QUE FUERON DESECHADAS POR EL JUEZ.

El señor Juez manifestó que la prueba indiciaria es la prueba reina en materia de la demostración del acto jurídico simulado y que en el presente caso dicha prueba indiciaria no aparecía, razón por la cual ante su ausencia era imposible demostrar la intención del señor Hernán Vásquez Montesdeoca de querer utilizar la fiducia civil para ocultar el verdadero acto que quería llevar a cabo.

Omitió el señor juez Trece (13) Civil del Circuito de Cali que en los interrogatorios de parte, al igual que en los testimonios de la señora Olga Lucía Varela Contadora de toda la vida del señor Hernán Vásquez Montesdeoca, quien declaró que este le había manifestado que el objetivo con la fiducia civil era arreglar sus papeles y evitar testamento y juicio de sucesión, y el testimonio del señor Notario Octavo de Cali, Luis Orison Arias Bonilla, quien declaró que el señor Hernán Vásquez Montesdeoca la había manifestado que los Fideicomisos era para repartir sus bienes entre sus hijos, que la verdadera intención del señor Hernán Vásquez Montesdeoca era la de testar y no la de constituir y un fideicomiso civil.

Así mismo, el señor Notario Octavo de Cali, Luis Orison Arias Bonilla, manifestó que la fiducia civil se utiliza como un mecanismo para evitar procesos de sucesión y en otras ocasiones para evitar medidas cautelares

Fue evidente entonces la disconformidad entre la realidad plasmada en las escrituras públicas publicas No. 2372 de fecha 08 de julio de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali y la No. 4596 de fecha 20 de diciembre de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali, de constituir un Fideicomiso Civil con los elementos esenciales del mismo contenido en el artículo 794 del Código Civil, con lo realmente querido por el señor Hernán Vásquez Montesdeoca, que no era otra cosa que testar.

El señor Juez le dio validez a la supuesta no aparición de la prueba indiciaria sobre otras pruebas que ignoró y que no consideró conducentes, como fueron los testimonios directos de la contadora de toda a vida del señor Hernán Vásquez Montesdeoca y del Notario ante el cual se otorgaron las escrituras públicas. Bastaba con dichos dos testimonios de quien de manera directa trataron el tema con el señor Hernán Vásquez Montesdeoca, para haber declarado demostrada la intención simulatoria de los actos. No se requería acudir a buscar pruebas indiciarias, ya que con esas dos pruebas testimoniales bastaba y era suficiente para acreditar la verdadera intención del señor Hernán Vásquez Montesdeoca y por lo tanto lo simulado de los actos contenidos en las escrituras públicas.

Ignoró el señor Juez lo señalado en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la cual se indica que los indicios se erigen como los elementos de juicio más valiosos, pero a falta de prueba

directa. En este caso el señor Juez ignoró la prueba directa como fueron los dos testimonios de la contadora del señor Hernán Vásquez Montesdeoca y del Notario ante el cual se otorgaron las escrituras públicas.

El yerro del fallador de primera instancia fue ignorar y desechar la prueba directa que acreditó la simulación de los actos contenidos en las escrituras públicas No. 2372 de fecha 08 de julio de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali y la No. 4596 de fecha 20 de diciembre de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali. Se concentró en buscar indicios que señalo no haber encontrado e ignoró y omitió tener en cuenta la prueba directa.

Ahora bien, aplicando de manera analógica al acto de constitución de los fideicomisos civiles, lo dispuesto en el artículo 1618 del Código Civil ²respecto de la interpretación de los contratos, debe concluirse que conocida la intención clara del señor Hernán Vásquez Montesdeoca, de querer hacer una partición en vida de sus bienes, lo cual en la fecha solo era posible mediante el otorgamiento de un testamento, el fallador debe estarse a dicha intención, más que a lo que formalmente haya quedado escrito en las escrituras públicas No. 2372 de fecha 08 de julio de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali y la No. 4596 de fecha 20 de diciembre de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali. y en la apariencia de negocio jurídico que se le dio a dicha intención de testar

Por ello el señor Juez Trece (13) Civil del Circuito erró al indicar que no se encontraban demostrados los actos simulados, cuando lo cierto es que con la prueba directa de los dos testimonios de la contadora de toda la vida del señor Hernán Vásquez Montesdeoca y del Notario ante el cual se otorgaron las dos escrituras públicas, quedo claro que la fiducia civil fue un acto jurídico simulado, ya que lo que se quería realmente era repartir en vida el patrimonio lo que solo era posible en la fecha de los actos simulados mediante el otorgamiento de un testamento.

C. AL HABER CONSERVADO EL FIDUCIANTE LA CALIDAD DE FIDUCIARIO Y AL HABER FALLECIDO SUS HIJOS OCUPARON SU LUGAR Y HAN DEBIDO COMPARECER AL ACTO DE RESTITUCIÓN EN TAL CALIDAD Y NO ERA POSIBLE QUE LOS BENEFICIARIOS POR SI MISMOS PUDIERAN RESTITUIRSE UNILATERALMENTE LOS BIENES.

El señor juez de primera instancia señalo que por el solo hecho de haberse configurado la condición establecida en las escrituras publicas No. 2372 de fecha 08 de julio de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali y la No. 4596 de fecha 20 de diciembre de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali, los beneficiarios podrían concurrir a la Notaria por si mismos y sin la comparecencia de nadie más a otorgar la escritura pública de restitución de los inmuebles.

² C. C. ART. 1618. —Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras

Al respecto debe señalarse el contenido de los artículos 794, 807, 810 y 811 del Código Civil, que debieron aplicarse al caso concreto:

*“ART. 794.—Se llama **propiedad fiduciaria** la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición.*

*La constitución de la propiedad fiduciaria se llama **fideicomiso**.*

Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria.

*La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama **restitución**”*

“ART. 807.—Cuando en la constitución del fideicomiso no se designe expresamente el fiduciario, o cuando falte por cualquiera causa el fiduciario designado, estando todavía pendiente la condición, gozará fiduciariamente de la propiedad el mismo constituyente, si viviere, o sus herederos”.

ART. 810.—La propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos, y transmitirse por causa de muerte, pero en uno y otro caso con el cargo de mantenerla indivisa, y sujeta al gravamen de restitución, bajo las mismas condiciones que antes.

No será, sin embargo, trasmisible por testamento o abintestato, cuando el día fijado para la restitución es el de la muerte del fiduciario; y en este caso, si el fiduciario la enajena en vida, será siempre su muerte la que determine el día de la restitución

ART. 811.—Cuando el constituyente haya dado la propiedad fiduciaria a dos o más personas, según el artículo 802, o cuando los derechos del fiduciario se transfieran a dos o más personas, según el artículo precedente, podrá el juez, a petición de cualquiera de ellas, confiar la administración a aquella que diere mejores seguridades de conservación

Como quedó demostrado en el proceso el señor Hernán Vásquez Montesdeoca al no haber designado Fiduciario conservó la calidad de tal y por lo tanto esa propiedad fiduciaria se transmitió a su fallecimiento a sus herederos, señores Natalia, Octavio y Felipe Vásquez Ocampo, quienes a partir del fallecimiento del Fiduciario señor Hernán Vásquez Montesdeoca, ocuparon su lugar, entraron en administración conjunta de los bienes.

Por lo anterior los actos unilaterales de restitución efectuados mediante las escrituras públicas número 277 del 27 de enero de 2017 otorgada en la Notaría Octava del Circulo de Cali en la cual compareció como otorgante exclusivamente el señor Octavio Vásquez Ocampo, quien aparece como beneficiario en la Escritura Pública 2372 de fecha 08 de julio de 2011 de la Notaria 8 del Circulo de Cali y escritura pública 214 del 23 de enero de 2017 otorgada en la Notaría Octava de Cali, en la cual compareció como otorgante exclusivamente el señor Felipe Vásquez Ocampo, quien aparece como beneficiario en la Escritura Pública 2372 de fecha 08 de julio de 2011 de la Notaria 8

del Circulo de Cali, están viciados de a nulidad solicitada y No podían de manera unilateral los señores Felipe Vásquez Ocampo y Octavio Vásquez Ocampo, restituirse los bienes unilateralmente.

Grave yerro cometió el juez al considerar que el acto de restitución es unilateral, más cuando en los certificados de tradición de los inmuebles aportados al proceso se demuestra que el titular del derecho de dominio que aparece inscrito al momento de la restitución es el señor Hernán Vásquez Montesdeoca y no los señores Felipe Vásquez Ocampo y Octavio Vásquez Ocampo.

V. LO QUE SE SOLICITA

Por todo lo anterior solicito a los señores Magistrados revocar en su integridad la sentencia de primera instancia, incluyendo la condena en costas y en su lugar acceder a todas las pretensiones de la demanda.

VI. CORREOS ELECTRÓNICOS INTERVINIENTES

Para los fines de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020 me permito indicar los correos electrónicos de los intervinientes a quienes se les envía copia del presente escrito vía electrónica.

Corre electrónico Hernán Barrios Vega apoderado de la Demandante: hernan.barrios@hbvegal.com

Correo electrónico apoderada de los demandados Dra. María Esperanza Vásquez Rodríguez. - maesvaro@gmail.com

Correo electrónico de la Curadora Ad-Litem de los Herederos Indeterminados Dra. Claudia Liliana Anacona Chamorro: claudiana888@hotmail.com

Respetuosamente,



HERNÁN BARRIOS VEGA

C.C. 16.698.030

T.P. 48.598 del C.S. de la J.