



MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada Ponente

SC2119-2025

Radicación n° 15001-31-53-004-2020-00085-01

(Aprobado en sesión de cinco de noviembre de dos mil veinticuatro)

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil veinticinco (2025).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la demandada Eliana Fonseca Joya, frente a la sentencia proferida el 28 de julio de 2023, por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el proceso verbal -«*Declarativo de nulidad de donación fiduciaria*»- que promovió Javier Fonseca Joya, en representación de la sucesión de Marina Joya de Fonseca, contra la aquí recurrente, Alberto y Homero Fonseca Joya.

I. ANTECEDENTES

1. En su demanda,¹ la parte actora pidió, de manera principal, declarar que el fideicomiso contenido en la escritura pública 1139 de 2 de agosto de 2019, otorgada por

1 Carpeta: 1. Cuadernoprincipal / Subcarpeta 1. CUADERNO (1) PRINCIPAL (2020-00085-00) / Archivos: 001 DEMANDA Y ANEXOS FL 1-157.pdf

Marina Joya de Fonseca ante la Notaría Primero de Tunja, equivale a una donación fideicomisaria; acto que, por no estar precedido de insinuación notarial, es absolutamente nulo.

También propuso, como pretensiones primera y segunda subsidiarias, respectivamente, declarar que dicho negocio jurídico es nulo, por no contener las condiciones esenciales de validez, y que el mentado fideicomiso civil es relativamente simulado, por la naturaleza del acto.

En consecuencia, solicitó declarar que *«los bienes que conforman la fiducia, no han salido jamás del patrimonio de la causante (...), por consiguiente forman parte del haber de la sucesión del cuyus»; por ende, «se ordene que regresen a conformar el inventario de la herencia demandante, para ser materia de partición sucesoral», y se condene a Eliana Fonseca Joya a «restituir en favor de la sucesión demandante, el valor de los frutos percibidos», así como «los dineros retirados en los bancos correspondientes a cuentas de ahorros, cuentas corrientes, CDT(s), que estaban a nombre de MARINA JOYA DE FONSECA».*

Para soportar sus pretensiones, manifestó que, dos días previos a su muerte, Marina Joya de Fonseca, de edad avanzada, estado grave de salud y dependiente física y psicológica de su hija Eliana Fonseca Joya, otorgó ante el Notario Primero de Tunja, la escritura pública número 1139 de 2 de agosto de 2019, mediante la cual dijo constituir fideicomiso civil, sobre la casi totalidad de sus bienes en favor

de sus hijos, asignándoles, de manera desproporcionada, a Eliana Fonseca, la mayor parte, quien subrepticamente trasladó a su señora madre a la oficina notarial, para firmar dicho documento.

Agregó que la constitución de un fideicomiso gratuito es considerada por la ley civil como una donación fideicomisaria, conforme al artículo 1470 del Código Civil; acto que se perfeccionó con la aceptación por parte de la donataria, ocurrida el 4 de agosto de 2019, luego del deceso de la fideicomitente, al materializarse la restitución, en cumplimiento de la estipulación que, en favor de sus hijos, hiciera la difunta en vida, para que tuviera lugar con motivo de su muerte.

Indicó que Marina Joya de Fonseca se instituyó como fiduciaria, reservándose el dominio de los bienes hasta que se presentara su fallecimiento, realidad que muestra que no hubo gravamen de pasar la propiedad a otra persona, por el hecho de verificarse una condición, que no podía ser la muerte, por tratarse de un hecho futuro y cierto.

Sostuvo que la señora Joya de Fonseca no tenía necesidad de hacer ese negocio jurídico, pues, en verdad, lo advertido era que quería traspasar la mayor parte de sus bienes a Eliana, sin que les resultara conveniente celebrar un contrato de donación, que requería de insinuación y cumplir los requisitos establecidos en el artículo 3° del

decreto 1712 de 1989, que, al haberse omitido, condujo a la nulidad absoluta del mencionado acto. Por eso, ninguno de los restantes beneficiarios ha aceptado la donación, pues es inmensamente inferior la cuota que se les asignó.

2. Notificado el auto admisorio, Eliana Joya Fonseca se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito: *«LOS CONTRATOS DEBEN INTERPRETARSE CUANDO SON OSCUROS, PERO TAL LABOR DE HERMENÉUTICA TIENE QUE ENCUADRARSE DENTRO DE LO RACIONAL Y LO JUSTO, CONFORME A LA INTENCIÓN PRESUNTA DE LAS PARTES»; «EL FIDEICOMISO CIVIL ES PALMARIAMENTE DIFERENTE A LA DONACIÓN, RAZÓN POR LA CUAL NO SE PUEDE ASUMIR QUE UNA SEA LA OTRA»; «LA DONACIÓN ENTRE VIVOS NO SE PRESUME»; «LA DONACIÓN FIDEICOMISARIA ES UNA FIGURA QUE NO ESTÁ DEFINIDA EN LA LEY SUSTANTIVA, POR LO TANTO, NO SER DE RECIBO COMO PRETENSIÓN, MENOS CUANDO LA INTENCIÓN NO ES EXPRESA»; «LAS OBLIGACIONES NACEN DEL CONCURSO REAL DE VOLUNTADES»; «LA FIDEICOMITENTE REÚNE TODOS LOS REQUISITOS PARA OBLIGARSE»; «FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA»; «VALIDEZ DEL NEGOCIO JURÍDICO -FIDEICOMISO CIVIL»; «INEXISTENCIA DE SIMULACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO FIDEICOMISO CIVIL»; «LOS INDICIOS DEBEN SER CONJETURADOS DE CONFORMIDAD CON LA LEY PROCESAL Y NO POR “MERA” SOSPECHA»; «EL FIDEICOMISO NO ES UNA ENAJENACIÓN».*²

Por su parte, Humberto y Javier Fonseca Joya, en calidad de hijos de la causante Marina Joya de Fonseca, expresaron al *a quo* su lamentable situación económica y de salud -que también padece su hermano Homero-, razón por

2 Carpeta: 1. Cuadernoprincipal / Subcarpeta 1. CUADERNO (1) PRINCIPAL (2020-00085-00) / Archivo:017 CONTESTACION DE LA DEMANDA. FL 169-442.pdf

la cual no pudieron pagar un abogado para contestar la demanda, informaron el sometimiento dado a su señora madre por su hermana Eliana Fonseca Joya, quien controlaba todas las decisiones de la causante, quien tenía 90 años y estaba gravemente enferma, circunstancia en la que se firmó el fideicomiso, en su favor y por eso ella está disfrutando de la mayoría de los bienes, sin entregar cuentas de lo recibido mensualmente.³

3. En sentencia del 29 de junio de 2022,⁴ el *a quo* declaró probada la excepción de ausencia de nulidad de la escritura pública No. 1139 otorgada el 2 de agosto de 2019, en la Notaría Primera del Circuito de Tunja. En consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

4. El *ad quem*, en sentencia de 29 de julio de 2023,⁵ resolvió: «**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el señor Juez Cuarto Civil del Circuito de la ciudad de Tunja, el veintinueve (29) de junio de 2022. **SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad del acto de disposición que recoge de la escritura No. 1139 de fecha dos de agosto del año 2019, corrida en la notaría primera de Tunja; al igual que el acto de fideicomiso que allí se contiene en relación al inmueble El Alisal, ubicado en la vereda Soconsuca del municipio fe Sotaquirá, determinado e identificado en la demanda, inscrito al folio de matrícula inmobiliaria puestos de presente en este proveído, al igual que en relación a los

3 Carpeta: 1. Cuadernoprincipal / Subcarpeta 1. CUADERNO (1) PRINCIPAL (2020-00085-00) / Archivos: 028 DEMANDADO REMITE INFORME FL 498-502. pdf y 029 DEMANDADO REMITE INFORME FL 503-516. pdf

4 Carpeta: 1. Cuadernoprincipal / Subcarpeta 1. CUADERNO (1) PRINCIPAL (2020-00085-00) / Archivo: 106. Acta audiencia 29-06-2022 sentencia proceso F11214-1215. pdf

5 Carpeta: 02. CuadernoSalaCivilTunja / Archivo: 14. Fallo-Revoca

*demás bienes inmuebles y muebles allí determinados. **TERCERO: ORDENAR** la cancelación del protocolo que recoge dicha escritura e igualmente se ordena cancelar el registro inmobiliario de la referida escritura, y de los actos que de ella se deriven. **CUARTO: ORDENAR** que los bienes inmuebles y muebles, afectos al fideicomiso regresen al patrimonio de la sucesión de la señora Marina Joya de Fonseca, bienes que deben ser restituidos por la demandada Eliana Fonseca, junto con sus frutos y rentas. SE CONDENA en abstracto al pago de frutos. El producido de dichos bienes. La cuantía y naturaleza de los frutos de los mencionados bienes deberá establecerse por las partes en trámite incidental, conforme se expuso en la parte motiva».*

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO DEL TRIBUNAL

1. Sustentó su decisión en estos términos:

1.1. Marina Joya de Fonseca, como fiduciante, buscó beneficiar a su hija Eliana Fonseca Joya, con la transferencia de la hacienda *El Alisal*, ubicada en el municipio de *Sotaquirá*, además de otros bienes, mediante la constitución de un fideicomiso civil; y es así como en la escritura No. 1139 del 2 de agosto de 2019, dispuso de su patrimonio en un acto de limitación de dominio, dentro de las modalidades establecidas en el artículo 793 del Código Civil, que debía cumplir las exigencias previstas en los artículos 794 , 795, 796, *ibidem*.

1.2. La única persona que intervino en dicho acto jurídico fue Marina Joya de Fonseca, quien acudió a la notaría en compañía de la mencionada hija, y transcurridos

dos días, es decir, el 4 de agosto de 2019, falleció la madre constituyente, por lo que Eliana Joya Fonseca, en calidad de beneficiaria, inmediatamente procedió a restituirse los bienes, pese a que no existió un fiduciario que recibiera la propiedad fiduciaria, quien era la persona que debía restituirlos y entregarlos al beneficiario; Marina Joya de Fonseca Marina se reservó la administración de los bienes fideicomitidos, así como su tenencia, uso y disfrute.

1.3. El 8 de agosto de 2019, fue registrada la escritura No. 1139, contentiva del fideicomiso, y, posteriormente, fue registrada la escritura No.1318 del 26 de agosto de 2019, con la cual Eliana Fonseca Joya restituyó, para sí, los bienes fideicomitidos.

1.4. Se observa, entonces, que Marina Joya de Fonseca fue la constituyente del fideicomiso, reservándose la propiedad y la administración de los bienes, sin designar fiduciario, entregar los bienes fideicomitidos, siendo la condición establecida su propia muerte, hecho que ocurrió dos días después de otorgarse la escritura.

1.5. *«Por lo que se encuentra que siendo el fideicomiso un contrato bilateral, no intervino el otro elemento, no concurren, están ausentes los elementos y partes propias del fideicomiso civil. E incluyó todos los bienes que constituirían la masa de bienes de su herencia. De tal forma que no se dan los elementos propios de existencia del contrato, ni sujetos del contrato, se desnaturalizó el fideicomiso civil. Este es un acto bilateral, y en la escritura 1139 de 2019, se reúne una manifestación*

unilateral de voluntad. Amén de que no se designó fiduciario que hiciera la restitución de los bienes a la beneficiaria, ni que hiciera tradición y entrega de los bienes. Es la propia beneficiaria, la que mutuo propio, entró a hacerse entrega de los bienes de su progenitora, entró a restituirlos para sí en la escritura 1318 del 8 de agosto de 2.019 y procedió a inscribir la escritura 1139, así como a constituir la escritura 1318, para restituirse. Es decir, que se encuentran ausentes los elementos del contrato de fideicomiso».

1.6. *«Al encontrarse ausentes, no se atienden los requisitos del art. 794. del C. C., faltó el fiduciario en los términos de los art. 807, 808 y 817 del C. C. Elementos a los que, en principio, procede señalar que se omitió la condición, dada la proximidad de la muerte de la fiduciante, hecho que ocurrió dos días después de la suscripción de la escritura; estando acreditado en el plenario con la historia clínica (anexa a la demanda) su estado de enfermedad y la edad para la fecha. Conforme a lo expuesto, tampoco se cumplió con la condición, ni con la solemnidad para la constitución, pues es un acto entre vivos, se da entre dos: fiduciante y fiduciario y no se cumplió con los requisitos para la constitución según los arts. 794, 799 y 796 del C. C.».*

1.7. De ese modo, se tiene que no se limitó el dominio en los términos del artículo 793 del Código Civil, al no concurrir los elementos del contrato de fideicomiso, dando lugar a la inexistencia del mismo, y, por ende, a que no nazcan los efectos de la tradición.

1.8. *«(...) en el presente caso, no se da una donación fiduciaria, no se da una situación de asignación testamentaria. Lo que se discute incluso por la pasiva es que la voluntad fue la del fideicomiso. No se da tampoco una donación testamentaria, porque no se constituyó un acto unilateral de testamento. Se dio un fideicomiso, en el que la fiduciante*

fungió como fiduciaria, y a su vez como usufrutuaria administradora, con lo que desnaturalizó la existencia de un fideicomiso que, como atrás se expresó, es un acto bilateral, entes vivos».

1.9. En el asunto examinado, la restitución no se dio por ningún fiduciario, pues fue asumida por la misma beneficiaria, en favor de sí misma, y, como se expresó en aclaración de voto a la providencia STC13069-2019 -que la Sala comparte-, «[c]uando la fiducia civil no designa un propietario fiduciario (o, genéricamente, un fiduciario) concreto, diferente al fiduciante, es un acto jurídico carente de entidad, e inepto para generar cualquier efecto en el mundo del derecho, mucho menos puede ser medio para sacar del patrimonio del constituyente los bienes que mediante el negocio fiduciario se dicen transferir».

1.10. «En conclusión, para el caso estudiado (...) se requiere la existencia de los requisitos de existencia generales, especiales en el negocio fiduciario civil. Son tres los elementos especiales básicos: la presencia de un elemento subjetivo, uno objetivo, y una condición. El primero se refiere a la existencia de tres sujetos de derecho e intervinientes directos o indirectos: el constituyente, fideicomitente, transmitente o fiduciante, punto de partida por su calidad de propietario disponente, quien trasfiere la propiedad a un segundo sujeto, denominado fiduciario o intermediario, el cual, una vez recibido el fideicomiso se convierte en dueño, poseedor o tenedor fiduciario; res la interpuesta persona que se obliga a transferir el dominio, una vez cumplida la condición, a un tercer sujeto, denominado fideicomisario. Este es el destinatario final o beneficiario, quien toma el carácter de acreedor real potencial».

1.11. «De tal manera que si el fideicomiso no comporta el traslado de dominio de su titular al fiduciario (art. 807 C. C.), dicho pacto no pasa

de ser un gravamen a la propietaria de aquel, del cual no surge un derecho diferente para éste. No hay negocio, porque es esencialmente bilateral. Solo en fideicomisos constituidos a través de actos de última voluntad (testamentos), solo en esta hipótesis puede hablarse de un negocio jurídico en cuya formación pueda concurrir un solo sujeto (rectius, acto unilateral). Entonces, siendo el negocio fiduciario el que da vida al fideicomiso, y a la propiedad fiduciaria, es, de naturaleza bilateral. Lo que no se dio en este caso, por lo que el acto se torna inexistente, por ende, ineficaz, y debe controlarse por vía de la nulidad absoluta, como también se expuso atrás. La señora Marina no hizo una disposición de fideicomiso testamentario. Y no es dable predicar la existencia de un fideicomiso producto de un negocio fiduciario en el que interviene una sola persona como fiduciante y a la vez como fiduciario».

1.12. Como efecto de la nulidad del acto de constitución del fideicomiso, los bienes deben ser restituidos a la herencia de Marina Joya de Fonseca, para restablecer su estado anterior, según el artículo 1746 del Código Civil.

1.13. Asimismo, de conformidad con los medios de convicción recaudados, los bienes que integran la finca El Alisal, generan frutos y los producía cuando Marina Joya de Fonseca estaba viva, por lo que deben ser reconocidos; pero como las pruebas resultan insuficientes para determinarlos en concreto, se condenará en abstracto respecto de dichos frutos, intereses y perjuicios reclamados, en armonía con el artículo 283 del Código General del Proceso.

2. En la sentencia de segunda instancia, uno de los magistrados integrantes de la sala de decisión aclaró su voto,

expresó que indudablemente, el contrato de fideicomiso civil está viciado de nulidad absoluta, por falta de los requisitos sustanciales previstos en la ley para dicho acto jurídico, *«con prescindencia de cualquier otro referente jurídico a la eventual falta de capacidad y condición personal de la única parte que firmó la escritura de fideicomiso civil, es decir de la señora MARINA JOYA de FONSECA, o si se trataba de una donación, una donación fideicomisaria o una simulación»*.

3. De otro lado, se presentó un salvamento de voto, apoyado en las siguientes razones:

3.1. La fiducia civil perfeccionada mediante la escritura pública 1139 de 2019, sí cumple con los requisitos para su constitución, por ajustarse a las previsiones del artículo 807 del Código Civil, en cuya virtud no es necesaria la concurrencia del fideicomitente y el fiduciario, como sujetos diferentes entre sí, en la medida en que esas calidades pueden ser ostentadas por un mismo sujeto, por tratarse de un acto jurídico de formación unilateral, que no puede confundirse con el contrato de fiducia mercantil.

3.2. La sentencia de la mayoría se fundamenta en la aclaración de voto manifestada en la providencia STC-13069-2019, emitida por Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la que uno de los magistrados expresó que la fiducia civil es acto bilateral, pues, para su formación, deben concurrir el fiduciante y el fiduciario, como personas distintas entre sí.

3.3. Pero, pasaron por alto los restantes magistrados de la Sala Civil Familia que, en el citado fallo de tutela, la Corte señaló que *«resulta necesario edificar la siguiente subregla jurisprudencial: (i) puede constituirse un fideicomiso civil sin designar un fiduciario, de modo tal que ese papel lo ocupe el mismo fiduciante (de acuerdo con el artículo 807 del Código Civil)»*.

3.4. Precedente vinculante del que es posible apartarse si el juez expone razonada y suficientemente los motivos interpretativos de su discrepancia. Sin embargo, *«extraña a quien firma este salvamento que la Sala Mayoritaria solo se refiera a la aclaración de voto (...) y no se adentre en el estudio de la subregla jurisprudencial fijada en la sentencia de tutela referida y en los términos indicados, olvidando su deber de aplicarla, o razonadamente alejarse de ella, advirtiendo que ni siquiera se cita la decisión de amparo de la Sala Civil de nuestro máximo Tribunal de Justicia ordinaria (...)»*.

III. DEMANDA DE CASACIÓN

En la demanda de casación se proponen dos cargos, encauzados por las causales primera y segunda del artículo 336 del Código General de Proceso; acusaciones que, a continuación, se resolverán.

A. CARGO PRIMERO

1. La recurrente denuncia que el Tribunal violó directamente el artículo 807 del Código de Civil, por interpretación errónea, e inaplicar el precedente judicial

contenido en la sentencia STC-13069-2019, proferida por la Corte Suprema de Justicia.

2. Concretamente, cuestiona la impugnante que, pese a que, con claridad gramatical, la citada norma permite al constituyente gozar fiduciariamente de la propiedad ante la ausencia del fiduciario, el *ad quem* divagó en hacer afirmaciones sobre el alcance y el sentido de dicha disposición, a saber:

*a) Considera incompatible la calidad de fiduciante y fiduciario en una misma persona y a partir de este error le niega la posibilidad a la causante **Marina Joya de Fonseca**, de ser al mismo tiempo fiduciante y fiduciaria;*

b) Interpreta la unión de estas calidades en una sola persona, como falta de un elemento del contrato que le impide configurarse, y por ello afirma que no se atendieron los requisitos de existencia del contrato de fideicomiso;

c) Incorre en el falso juicio de creer que cuando concurren en una persona las calidades de fiduciante y fiduciario desaparece la bilateralidad del acto constitutivo;

d) Se orienta por dos aspectos de una enorme irrelevancia: contrato bilateral y manifestación unilateral de voluntad, que lo conducen a afirmar que en la E.P. 1139 no se designó fiduciario alguno a partir de la idea de que la fiduciante no podía serlo, incurriendo en un falso juicio contrario a la norma sustancial infringida (artículo 807 citado).

*e) Le niega efectos al fideicomiso constituido por **Marina Joya de Fonseca** desde la perspectiva de la inexistencia del acto -por incompleto- pero lo declara nulo.*

f) Y le agrega a la figura del fideicomiso civil un traslado de bienes obligatorio para existir, antes del cumplimiento de la condición, que no aparece en disposición alguna del Código Civil y es incompatible con los alcances del artículo 807 del Código Civil.

3. Agregó que, como lo manifestó el magistrado que salvó su voto en el fallo impugnado, el juzgador de segunda instancia incurrió en un grave error hermenéutico, al inaplicar el precedente establecido en la sentencia STC-13069-2019, donde la Corte indicó el recto sentido del artículo 807 del Código Civil, precisando que *«(i) puede constituirse un fideicomiso civil sin designar un fiduciario, de modo tal que ese papel lo ocupe el mismo fiduciante (de acuerdo con el artículo 807 del Código Civil), pero en ese caso (ii) los acreedores de este podrán embargar los bienes que integran el fideicomiso, porque en realidad no los “posee fiduciariamente” (como lo exige el artículo 1677-8, íd)»*.

4. Señala que esa subregla jurisprudencial fue omitida por el Tribunal, porque, en el fallo recurrido en casación, solo citó la providencia STC13069-2019, para destacar los planteamientos expuestos en una aclaración de voto opuesta al sentido de la decisión principal, contraviniendo el régimen nacional de obligatoriedad del precedente, máxime si concluyó que *«[c]uando la fiducia civil no designa un propietario fiduciario (o, genéricamente, un fiduciario) concreto, diferente al fiduciante, es un acto jurídico carente de entidad, e inepto para generar cualquier efecto en el mundo del derecho»*, pese a que la Corte, en la aludida sentencia, no dio esa interpretación al artículo 807 del Código Civil; lo que evidencia el error mayúsculo del *ad quem*, al decretar una nulidad, que no era el efecto aplicable por la falta de requisitos del fideicomiso.

5. Específicamente, la interpretación errónea de la norma sustancial infringida se observa así:

Afirmación: El fideicomiso es un acto bilateral y en la escritura Pública 1139 de 2019 solo participó la señora **Marina Joya De Fonseca**.

Comentario: El fideicomiso civil puede ser bilateral y trilateral, pero esas características poco importan en el presente caso. La fideicomitente y la fiduciaria podían reunirse en una sola persona, y el fideicomisario quedó establecido en un tercero.

Afirmación: No se atendieron los requisitos de existencia del contrato del fideicomiso.

Comentario: A la diáfana luz del tantas veces citado artículo 807 del Código Civil, la designación por separado o la falta de designación del fiduciario, no implican una falta de requisitos que origine la inexistencia del contrato de fideicomiso.

Afirmación: Sin estos elementos de existencia el contrato no produce efectos.

Comentario: Igual comentario al anterior.

Afirmación: Este fideicomiso no comporta el traslado de bienes del fiduciante al fiduciario.

Comentario: No lo comportó porque no era un paso obligatorio, cuando el fiduciante no designa fiduciario o se designa a sí mismo. El traslado opera y debe hacerlo en la fase de restitución a favor del beneficiario final del encargo correspondiente.

6. Anotó que la interpretación errónea de la norma acertadamente escogida por el fallador, se presentó porque el fideicomitente no pierde la calidad de fiduciario si, al constituirse el fideicomiso, no se designa fiduciario o si éste, pese a haber sido designado, posteriormente llegare a faltar; y porque el constituyente, al momento de constituir el fideicomiso, puede designarse como fiduciario y gozar fiduciariamente de la propiedad.

B. CARGO SEGUNDO

1. Para la recurrente el Tribunal quebrantó indirectamente el artículo 807 del Código Civil, como consecuencia del error de hecho en la apreciación de la

escritura pública 1139 de 2 de agosto de 2019, otorgada en la Notaría Primera de Tunja, por Marina Joya de Fonseca.

2. Al respecto, precisó que esa indebida valoración probatoria condujo al Tribunal a afirmar equivocadamente que «[a]mén de que no se designó fiduciario que hiciera la restitución de los bienes a la beneficiaria, ni que hiciera tradición y entrega de los bienes»; no obstante que en la escritura pública constitutiva del fideicomiso sí se hizo tal designación, de la siguiente manera:

ARTÍCULO QUINTO. - ADMINISTRACIÓN. - La administración del patrimonio constituido en propiedad fiduciaria será administrada de manera autónoma y sin limitación de ninguna naturaleza por el(la) constituyente fiduciario quién(es) podrá(n) gozar de(los) bien(es) a su arbitrio.

3. Dijo que, al no existir prohibición en materia civil, Marina Joya de Fonseca se designó a sí misma como fiduciaria en el acto notarial, estipulación que pasó por alto el fallador, incurriendo, así, en un error al apreciar indebidamente el instrumento público.

IV. CONSIDERACIONES

Dado que el argumento cardinal de los cargos formulados se finca en la infracción del artículo 807 del Código Civil, se hace necesario hacer algunas precisiones conceptuales sobre las características y requisitos del fideicomiso civil.

1. De la propiedad fiduciaria - fideicomiso civil.

1.1. Definiciones legales. En la regulación del Código Civil colombiano, el dominio puede ser limitado, entre otros modos,⁶ *«[p]or haber de pasar a otra persona en virtud de una condición»* (num. 1º, art. 793), conformándose, así, la llamada **propiedad fiduciaria**, que es entendida como aquella que *«está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición»* (inc. 1º, art. 794); cuya constitución se denomina **fideicomiso**, designación que también recibe la cosa constituida en propiedad fiduciaria (inc. 2º, art. 794); disposición ésta que, además, define la **restitución** como *«[l]a traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso»*.

1.2. Los sujetos partícipes en el fideicomiso.

1.2.1. El fiduciante o fideicomitente o constituyente. Es la persona -o grupo de personas- que transfiere(n) el derecho de dominio de una cosa suya, en favor de otra, quien se obliga a transferirla a un tercero en cuyo beneficio se constituyó el fideicomiso, en el evento de verificarse una condición predeterminada.

1.2.2. El fiduciario. Es la persona a quien el

6 Según el artículo 793 del Código, se puede limitar el dominio: *«1o.) Por haber de pasar a otra persona en virtud de una condición 2o.) Por el gravamen de un usufructo, uso o habitación a que una persona tenga derecho en las cosas que pertenecen a otra. 3o.) Por las servidumbres»*.

constituyente transfiere condicionalmente la propiedad de la cosa, hasta que se verifique el hecho futuro e incierto del que pende la restitución al beneficiario.

La calidad de fiduciario la puede detentar una o varias personas, nombradas por el fiduciante como tales (art. 802). Pero, «[c]uando 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. 807).

Sin embargo, en el marco de las circunstancias señaladas en el artículo 807 del Código Civil, que conducen a que la propiedad continúe siendo disfrutada por el fiduciante, debe entenderse que éste no «posee fiduciariamente» los bienes, en los términos del numeral 8° del artículo 1677, *ibidem*.

También es posible que el fiduciario no adquiera la calidad de propietario, sino de tenedor fiduciario que funge como administrador, con facultades solamente de los curadores de bienes, si el fiduciante dispone que, mientras penda la condición, sean reservados los frutos en favor de la persona que, finalmente, va a adquirir la propiedad absoluta, por cumplirse o fallar la condición (art. 808).

1.2.3. El fideicomisario o beneficiario o destinatario. Es el sujeto en cuyo favor el fiduciario debe

hacer la restitución de la cosa entregada en fideicomiso, cuando se verifique la condición prevista por el constituyente.

A diferencia del fiduciario, que debe existir al momento de construirse el fideicomiso, no es necesaria la existencia del beneficiario para el tiempo de deferirse la propiedad fiduciaria, aunque si se espera que exista al momento de la restitución, porque solo cuando se cumpla la condición adquirirá el derecho (art. 798 y 799).

Es pertinente señalar que, en el respectivo acto entre vivos o testamento, es el fiduciante quien puede, expresamente, designar uno o varios fideicomisarios (arts. 802 y 804), dándoles sustitutos para el evento en que aquéllos no existan antes de ocurrir la restitución, y fijarles el orden, en diferentes grados, para entrar a reemplazar al beneficiario que llegare a faltar (art. 803).

Y mientras esté pendiente el cumplimiento de la condición, el fideicomisario no es titular de derecho alguno sobre la propiedad fiduciaria,⁷ ya que solo cuenta con la mera expectativa de adquirirla, si se concreta su restitución (art. 820); época en la que se espera que exista (art. 799).

La calidad de fideicomisario es intransferible además,

⁷ Sin perjuicio de los derechos que puedan derivarse de los artículos 817, 819 y 820 del Código Civil.

porque su designación, así como la de su sustituto, es una facultad exclusiva del fideicomitente o constituyente. Al respecto la Corte ha dicho,

Si el fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario o su sustituto, a la época de la restitución, hay que entender que el fideicomisario, antes de ella no puede despojarse de su calidad o carácter de fideicomisario para transferirlo a otra persona; porque la ley ordena, como condición esencial de la adquisición fideicomisaria, que el fideicomisario exista en el momento de la restitución, y bien se ve que una persona no puede vivir o existir por otra. Además, si se pudiera ceder el carácter, la calidad o la actitud de fideicomisario a otra persona, pendiente la condición de restitución; podría llegar el caso de que no se extinguiera el fideicomiso por faltar la condición cual es, la existencia del fideicomisario en el momento de la restitución, si no hubiere sustituto, conclusión inaceptable por ser la falta del fideicomisario el día de la restitución, uno de los modos como el fideicomiso se extingue. (Numeral 5°, artículo 822), y porque es el constituyente la única persona que puede designar el fideicomisario o su sustituto, de suerte que, si el fideicomisario pudiera ceder su condición de tal, él sería, quien nombraba el fideicomisario o su sustituto, lo que contraría terminantes disposiciones de la ley civil, y deformaría la institución. (CSJ SC 28 nov, 1944. ID: 418156 G.J.: T. LVIII n°. 2016, pág. 142 - 45).

A más de eso, el artículo 821 del Código Civil cierra la posibilidad para que el fideicomisario que existe desde su designación, enajene al menos su expectativa sobre los bienes fideicomitidos, puesto que dicha norma ni siquiera permite que al producirse su muerte, antes de materializarse la restitución, transmita «*por testamento o abintestato derecho alguno sobre fideicomiso, ni aun la simple expectativa que pasa ipso jure al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere*»; disposición que guarda correspondencia con el artículo 820, *ibidem*, que establece que «[e]l fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple

expectativa de adquirirlo».

Nada dijo el legislador sobre el caso en que el testador o el constituyente omita nombrar fideicomisario; a diferencia de la hipótesis prevista en el artículo 807 del Código Civil cuando no se designe fiduciario o falte el designado, estando pendiente la condición; eventualidad ésta en la que el fideicomitente continuará ejerciendo su derecho de propietario, al establecer dicha norma que «[c]uando 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».

Pero la posibilidad de que el constituyente sea el mismo beneficiario no parece jurídicamente factible en el ordenamiento jurídico colombiano, no solo porque, en ese sentido, no hay norma que así lo indique, sino por el Código Civil presupone la existencia de un tercero, distinto del fiduciante, para ser el receptor de los bienes que éste, en últimas, busca transferir, como carga impuesta al fiduciario. Entendimiento que se deduce del artículo 793, *ibidem*, que reza: «El dominio puede ser limitado de varios modos: 1o.) Por haber de **pasar a otra persona** en virtud de una condición».⁸ Y, en concordancia, el artículo 794, *ejusdem*, dispone que «[s]e llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de **pasar a otra**

⁸ Negrillas fuera de texto.

persona por el hecho de verificarse una condición».⁹ Entonces, resulta claro que esa «**otra persona**» es el destinatario final o su sustituto -distinta al fiduciante-, cuya existencia en la época de la restitución, será siempre condición inexorable para constituir el fideicomiso (art. 799).

1.3. La constitución. El fideicomiso puede ser constituido «sobre la totalidad de una herencia o sobre una cuota determinada de ella, o sobre uno o más cuerpos ciertos» (art.795); y solo es procedente mediante acto testamentario o acto entre vivos otorgado en instrumento notarial (art. 796).

Esta exigencia se traduce en que el perfeccionamiento del fideicomiso es de carácter solemne, por ser necesario que la voluntad constitutiva se formalice en escritura pública o en testamento. Y si la propiedad fiduciaria comprende o afecta algún inmueble, su constitución requiere, además, ser inscrita el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria (art. 796).

Es de anotar que, desde el punto de vista de su formación, el fideicomiso puede ser constituido mediante un acto unilateral del testador o del fideicomitente si no se designa fiduciario, caso en el cual se producen los efectos de que trata el artículo 807 del Código Civil; sin que sea necesaria la concurrencia del fideicomisario para

9 Negrillas fuera de texto.

perfeccionar dicho acto de constitución, porque su existencia solo es requerida en el momento de transferírsele los bienes; comoquiera que, de conformidad con el artículo 798, *ibidem*, éste puede no existir al tiempo de diferirse la propiedad fiduciaria, aunque se espera que exista para la época en que deba materializarse la restitución (art. 799).

Pero, también, la constitución del fideicomiso puede derivar de un acto bilateral que -pudiendo ser gratuito u oneroso (CSJ SC 18 sep, 1968. ID:344218. G.J.: T. CXXIV n.º 2297 a 2299, pág. 313 a 323),¹⁰ requiere que confluyan las voluntades del fiduciante y del fiduciario, como sujetos completamente diferenciados, que intervienen en un negocio jurídico que, una vez perfeccionado con el otorgamiento de la escritura pública correspondiente, conlleva que el fiduciario no solo asuma la carga de transferirle al beneficiario la propiedad que, previamente, recibió del fideicomitente, sino que, además, adquiere, entre otras, las obligaciones establecidas en los artículos 813, 815 y 817 del Código Civil.

De otra parte, el texto del artículo 797 de la aludida codificación, permite que, simultáneamente, una propiedad se constituya en usufructo, a favor de una persona, y en

10 En esta decisión, la Corte reiteró que «"[d]esde que el fideicomiso dejó de ser considerado como una institución esencialmente testamentaria, se concluyó por varios expositores, que no pugnaba contra su esencia que pudiera constituirse a título oneroso ... 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 ... Ni el modo como se concibe y aprecia en la época contemporánea el fideicomiso, ni la legislación colombiana, consideran de la esencia del fideicomiso que sea siempre gratuito, luego por establecerse o pactarse en forma onerosa, no puede sostenerse ni concluirse que no exista, que sea inválido o ineficaz" (LVII, página 528)».

fideicomiso, en favor de otra.

Y aunque esas instituciones jurídicas guardan estrechas similitudes entre sí, cada una tiene sus propias características que las individualizan, como lo expuso la Corte:

Dentro de las limitaciones del dominio de que trata el Libro 2° del Código Civil, los Títulos VIII y IX reglamentan detalladamente la propiedad fiduciaria y el usufructo. En ambas, el derecho de dominio está restringido: en la primera, porque al cumplirse una condición el dominio pasa del propietario fiduciario al fideicomisario. Esa condición es, pues, resolutoria para el propietario fiduciario y suspensiva para el fideicomisario.

Como según el art. 824 ibidem “el usufructo supone necesariamente dos derechos coexistentes: el del nudo propietario, y el del usufructuario”, este último con la facultad gozar la cosa, “tiene, por consiguiente, una duración limitada, al cabo de la cual pasa al nudo propietario y se consolida con la propiedad”. El art. 829 ibidem dispone a su turno, que el “usufructo podrá constituirse por tiempo determinado o por toda la vida del usufructuario...El usufructo, constituido a favor de una corporación o fundación cualquiera, no podrá pasar de treinta años.”

El propietario fiduciario tiene la facultad de enajenar la cosa y aún de transmitirla por causa de muerte, salvo que el día fijado para la restitución sea el día de su fallecimiento, “pero en uno y otro caso con el cargo de mantenerla indivisa, y sujeta al gravamen de restitución” (art. 810), al paso que el “fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo” (art. 820).

En cambio, así como “la nuda propiedad puede transferirse por acto entre vivos, y transmitirse por causa de muerte” el “usufructo es intransmisible por testamento o abintestato”. (art. 832).

Lo anterior demuestra que se trata de dos figuras jurídicas diferentes, no obstante las semejanzas que tienen, sujetas a normación distinta durante su vigencia, como difieren también los derechos que la ley otorga a sus respectivos titulares. (CSJ SC 07 may, 1980. ID: 397661).

También, debe mencionarse que el artículo 805 del Código Civil¹¹ expresamente proscribe la constitución de fideicomisos sucesivos, es decir, aquéllos que implican una cadena de restituciones, en la que, de manera continuada, un primer fideicomisario está obligado a transferir la propiedad fiduciaria a otro beneficiario, quien, al adquirirla, asume la carga de trasladarla al patrimonio de un siguiente destinatario, y éste al de un ulterior fideicomisario, etc.

Si se infringe dicha prohibición legal, la consecuencia jurídica no es la nulidad del acto, porque el artículo 6° del Código Civil, en su inciso 2°, preceptúa que «[e]n materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, **si en ella misma no se dispone otra cosa**»;¹² y el inciso 2° del artículo 805, *ibidem*, específicamente prescribe que «[s]i de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, **se extinguirá para siempre la expectativa de los otros**».¹³

De ese modo, al materializarse la restitución en favor del beneficiario inicial, no puede transferirse consecutivamente la cosa fideicomitida, a quienes han sido designados como fideicomisarios subsecuentes, ya que, por

11 Prescribe esta disposición: «*Se prohíbe constituir dos o más fideicomisos sucesivos, de manera que restituido el fideicomiso a una persona, lo adquiera ésta con el gravamen de restituirlo eventualmente a otra...Si de hecho se constituyeren, adquirido el fideicomiso por uno de los fideicomisarios nombrados, se extinguirá para siempre la expectativa de los otros*».

12 Negrillas fuera de texto.

13 Negrillas fuera de texto.

expreso mandato legal, jurídicamente deja de existir, para éstos, cualquier posibilidad de adquirir sucesivamente la propiedad fiduciaria restituida.

1.4. La condición. La transferencia de la propiedad fiduciaria debe estar supeditada al acaecimiento de un hecho futuro e incierto, en razón de que este requisito contractual es indispensable, puesto que *«le da la naturaleza jurídica a la institución; será fideicomiso si la restitución de la cosa pende de alguna condición (...). Todo fideicomiso lleva en sí una incertidumbre [pues] su terminación es eventual: puede que se verifique la restitución y puede que no»*¹⁴ Por esto, ningún fideicomiso se constituye si la transferencia de la propiedad al beneficiario se subordina a *«disposiciones a día que no equivalgan a condición, según las reglas del título de las asignaciones testamentarias, capítulo 3º»* (art. 801).

De ahí que, por remisión del artículo 801 del Código Civil, deba tenerse en cuenta que el artículo 1141, *idem*, dispone que *«[e]l día incierto e indeterminado es siempre una verdadera condición, y se sujeta a las reglas de las condiciones»*. Por consiguiente, se constituirá fideicomiso al existir una verdadera condición, si la restitución se somete a la llegada de un día incierto e indeterminado. Asimismo, si dicha transmisión se sujeta a un día cierto, pero indeterminado, de conformidad con el artículo 1143, *ibidem*, que indica que *«[l]a asignación desde día cierto pero indeterminado, es condicional, y*

14 Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga. Curso de Derecho Civil. Los Bienes y los derechos reales. Primera Parte. Tercera Edición. Editorial Nascimento. Santiago, Chile. 1974. Pág. 617.

envuelve la condición de existir el asignatario en ese día». Y, en todo caso, si se supedita a un día incierto, sea determinado o no, según el artículo 1144, ejusdem, que establece que «[l]a asignación desde día incierto, sea determinado o no, es siempre condicional».

No sobra decir, que la condición para el propietario fiduciario es de naturaleza resolutoria, ya que su derecho de dominio sobre la cosa que recibe del constituyente, se extingue al transferirla al beneficiario; y para éste, es suspensiva, porque, mientras no se verifique la condición, no tiene un derecho consolidado, sino una mera expectativa sobre el bien que a aquél se impone restituirle. (CSJSC 18 sep., 1968. ID:344218. G.J. T. CXXIV n.º 2297 a 2299, pág. 313 a 323 y SC 07 may, 1980. ID: 397661).

Igualmente, téngase presente que, conforme al artículo 799 del Código Civil, «[e]l fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario o su sustituto, a la época de la restitución»; y, a renglón seguido, preceptúa la norma que, a esta condición de existencia, es posible adicionar otras *copulativas o disyuntivas*; siendo las primeras las condiciones dirigidas a cumplirse de manera conjunta, para que pueda restituirse la cosa fideicomitida, de modo que si una de ellas está pendiente o resulta fallida, la restitución no puede llevarse a cabo; mientras que las segundas son las condiciones llamadas a cumplirse alternativamente, es decir que es suficiente la ocurrencia del hecho contemplado en una de ellas, para abrir paso a la restitución; eso bajo el

entendido de cumplirse la condición relativa a la existencia del beneficiario o de quien lo sustituya, para cuando deba restituirse la propiedad fiduciaria; circunstancia hipotética que el referido artículo 799 da por incorporada implícitamente en el fideicomiso;¹⁵ y que, «[e]n todo caso, junto con la o las condiciones copulativas o disyuntivas, debe cumplirse la condición de que el fideicomisario exista al tiempo de la restitución».¹⁶

La existencia del beneficiario es crucial, porque si llegare a faltar antes de materializarse la restitución de la cosa fideicomitida, se extingue el fideicomiso, debido a que la condición se tendrá por fallida y, en consecuencia, se consolidará el derecho en el fiduciario, tal como se desprende del artículo 821 del Código Civil, al establecer que «[e]l fideicomisario que fallece antes de la restitución, no trasmite por testamento o abintestato derecho alguno sobre fideicomiso, ni aun la simple expectativa que pasa ipso jure al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere».

También, importa destacar que el artículo 800, *idem*,

15 Al respecto, en el «*Proyecto de Código Civil*», correspondiente al artículo 885, se dice acerca de su inciso 2°: «La condición puede ser compleja, abrazando copulativamente varias condiciones, de manera que, mientras penda cualquiera de ellas, no haya lugar a la restitución, i desde que llega a ser cierto que una de ellas no puede cumplirse, la propiedad fiduciaria queda exenta del gravamen de restitución i se hace absoluta y perpetua. Podrían, verbigracia, agregarse como condiciones copulativas la de morir el fiduciario sin descendientes legítimos, la de casarse el fiduciario con determinada persona, la de abrazar el fideicomisario una profesión o estado la de casarse el mismo fideicomisario con determinada persona, etc. Si las condiciones que se agregan son alternativas, cumplida una de ellas, se verifica la restitución». (Andrés Bello. Obras Completas. Tomo Quinto. Tercer Tomo [Último del proyecto del Código Civil]. Edición hecha bajo el auspicio de la Universidad Nacional de Chile. Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1932. Pág. 223).

16 Rozas Vial, Fernando. Los Bienes. Cuarta Edición. Editorial LexisNexis. Santiago, Chile. 2007. Pág. 278.

previene que se tendrá por fallida toda condición a la que se sujete la restitución de la cosa dada en fideicomiso, cuyo cumplimiento supere treinta años; a no ser que la muerte del fiduciario sea el evento al que se supedite la restitución. Estos treinta años se cuentan a partir de la delación de la propiedad fiduciaria.

Y una primera lectura de la citada disposición, podría dar pie para entender que la muerte del fiduciario se erige, por si sola, como una condición de la que puede pender la restitución; pese a que el fallecimiento de una persona no es una condición, por ser un hecho cierto, como lo precisa el artículo 1139, *ejusdem*, al indicar que «[e]l día es cierto y determinado, si necesariamente ha de llegar, y se sabe cuándo, como el día tantos de tal mes y año, o tantos días, meses o años después de la fecha del testamento o del fallecimiento del testador. **Es cierto pero indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, como el día de la muerte de una persona.** (...)».¹⁷ Y en correspondencia con ese contenido normativo, el artículo 801, *idem*, prescribe que «[l]as **disposiciones a día que no equivalgan a condición**, según las reglas del título de las asignaciones testamentarias, capítulo 3o, **no constituyen fideicomiso**».¹⁸

No obstante lo anterior, la muerte del fiduciario puede ser el hecho que determine la fecha de la aludida restitución, si así se estipula, pero en el marco del artículo 1143 del

¹⁷ Negrillas y subrayado fuera de texto.

¹⁸ Negrillas fuera de texto.

Código Civil, que prevé, en su primer inciso, que «**[l]a asignación desde día cierto pero indeterminado, es condicional, y envuelve la condición de existir el asignatario en ese día**»;¹⁹ disposición aplicable por remisión expresa del artículo 801, *ibidem*.

Habrà condición, entonces, si se establece, por ejemplo, que la restitución se efectuará si muere el fiduciario antes de graduarse o casarse una determinada persona; estipulación que es de carácter condicional, porque el fallecimiento, siendo cierto pero indeterminado, está atado a la incertidumbre de llevarse a cabo la graduación o el matrimonio; es decir que, en este caso, la sola muerte no es subordinante de la transferencia de los bienes fideicomitidos, pues se requiere, además, que suceda un hecho futuro e incierto para que nazca el derecho del beneficiario.

Y, claro está, que en la hipótesis descrita va envuelta la condición de existir el fideicomisario, o su sustituto, para la época de la restitución, por ser un supuesto necesario en el fideicomiso, de conformidad con el artículo 799 del Código Civil.

De otro lado, debe recordarse que, en virtud de los artículos 1531, 1539, 1540 y 1541 del Código Civil, respectivamente, «*[l]a condición es positiva o negativa. La positiva consiste en acontecer una cosa; la negativa en que una cosa no*

19 Negrillas fuera de texto.

acontezca»; «[s]e reputa haber fallado la condición positiva o haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse y no se ha verificado»; «[l]a condición debe ser cumplida del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes (...)» y «[l]as condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida».

Al aplicar esas normas al fideicomiso, se tiene que, si se despeja la incertidumbre porque se sabe que el hecho constitutivo de la condición no sucedió -si es positiva- o aconteció -si es negativa-, el derecho del fiduciario, sometido a condición resolutoria, reviste el carácter de derecho puro y simple, tornándose en propiedad plena. Y, simultáneamente, al ser fallida la condición, se extingue definitivamente la expectativa que tenía el fideicomisario de convertirse en dueño de la cosa fideicomitada.

En contraposición, si se cumple la condición, el fideicomisario pasa a adquirir, de manera pura y simple, el dominio absoluto de la cosa dada en fideicomiso y el derecho del fiduciario se extingue, en términos definitivos.

Por último, es de advertir que, tradicionalmente, la doctrina ha sostenido que la condición, fallida o cumplida, genera efectos retroactivos, pero con la salvedad de que *«[d]icha regla solamente exceptúa los casos en que los hechos cumplidos en la situación interina adquieren tal trascendencia que no permita borrarlos o desconocerlos. Y si la aspiración general lleva a suprimir los*

*efectos del entretanto, aquí la condición no podrá operar sino para el futuro (no ex tunc sino ex nunc)».*²⁰

En concordancia con lo manifestado, coinciden autores extranjeros en afirmar, para el fideicomiso civil, que «[l]a condición de que pende la restitución, rompiendo las reglas generales sobre condición, no opera con efecto retroactivo»;²¹ «por tanto, subsisten todos los actos ejecutados por el fiduciario sobre las cosas mientras las tuvo en su poder».²²

Lo anterior porque el fiduciario es verdadero propietario mientras la cosa sobre la que recae el fideicomiso no se transfiera al beneficiario, esto en razón de la voluntad del fideicomitente, quien deja de ser dueño por esa misma causa y, por su decisión, impone restituir la propiedad cuando se cumpla la condición.

Entonces, los actos y negocios jurídicos que realice el fiduciario durante la época en que ostentó el dominio de la cosa fideicomitida, están revestidos de validez, aún para el momento de cumplirse la condición y se produce la restitución en favor del fideicomisario; esto sin perjuicio de exceptuar los casos específicos en que se evidencie que la conducta del fiduciario contravino, por acción u omisión, los

20 Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El Negocio Jurídico. Volumen II. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2012. Pág. 657.

21 Rozas Vial, Fernando. Op. Cit. Pág. 279.

22 Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga. Op. Cit. Pág. 618.

finés del fidecomiso, como cuando su proceder es ejecutado, dolosa o culposamente, en detrimento de los intereses del fideicomisario.

1.5. Derechos y obligaciones del fiduciario.

Por disposición del artículo 813 del Código Civil, el fiduciario, sobre las especies que puede ser obligado a restituir, tiene los **derechos y cargas del usufructuario**, con las modificaciones legales respectivas.

1.5.1. Dentro de **los derechos** conferidos al fiduciario, se encuentran los siguientes:

i) acrecer cuando existan dos o más propietarios fiduciarios (arts. 809 y 839);

ii) enajenar la propiedad fiduciaria por acto entre vivos o transmitirla por causa de muerte, pero, en cualquier caso, deberá el adquirente preservarla en estado de indivisión y sujeta al gravamen de restitución, con las condiciones inicialmente establecidas (art. 810);

iii) ante la existencia de varios fiduciarios, solicitar al juez que confíe la administración de la propiedad fiduciaria a quien dé mejores seguridades de su conservación (art. 811);

iv) ejercer los derechos de fiduciario sobre la propiedad,

si en él concurren la calidad de fiduciario de una cuota y dueño absoluto de otra, siempre y cuando se mantenga la indivisión; pero, es facultado para solicitar la división, con la participación del fideicomisario, sus ascendientes, si todavía no existe y cuya existencia se espera; así como la intervención de los personeros o representantes de las corporaciones y fundaciones interesadas (arts. 812 y 820);

v) pedir que el fideicomisario, previamente a la restitución, le reembolse las expensas de que trata el artículo 815 del Código Civil;

vi) imponer hipotecas, servidumbres o cualquiera otro gravamen, sobre los bienes que posee fiduciariamente, pero en los términos y condiciones establecidos en el artículo 816, *ibidem*;

vii) administrar libremente las especies comprendidas en el fideicomiso, y mudar su forma, pero conservando su integridad y valor (art. 817);

viii) oponer en compensación el aumento de valor que las mejoras por él realizadas, hayan producido en las especies, hasta concurrencia de la indemnización que debiere (art. 818);

ix) ser titular de la acción reivindicatoria o de dominio (art. 950);

xi) convertirse en pleno propietario de la cosa fideicomitida, si falla la condición o, si al momento de la restitución, falta el fideicomisario, sin que habérsele designado sustituto (arts. 799 y 821).

1.5.2. De **las cargas** que corren por cuenta del fiduciario, a continuación, se enlistan estas:

i) Prestar caución de conservación y restitución, decretada judicialmente como medida conservativa solicitada por el fideicomisario, si la propiedad pareciere peligrar o deteriorarse (art. 814 y 820).

ii) Asumir todas las expensas extraordinarias, para conservar la cosa fideicomitida, incluyendo el pago de deudas e hipotecas a que estuviere afecta, sin perjuicio de que sean abonadas el beneficiario, previamente a la restitución (art. 815).

iii) Conservar la integridad y valor de las especies comprendidas en el fideicomiso, que libremente administre, haciéndose responsable de los menoscabos y deterioros derivados de su hecho o culpa (art. 817).

iv) Asumir el valor de las mejoras no necesarias, que realice en la propiedad fiduciaria, salvo que medie pacto con el fideicomisario (art. 818).

v) Al verificarse la condición, restituir la propiedad al fideicomisario o a su sustituto, según sea el caso. (art. 794)

vi) Las demás cargas impuestas por el fiduciante, que no contravengan la naturaleza del fideicomiso.

1.6. Derechos y obligaciones del fideicomisario.

Para determinar los derechos y obligaciones del fideicomisario, es necesario tener presente que éste puede no existir al tiempo de deferirse la propiedad fiduciaria, pero se espera que exista (art. 798); en todo caso, debe existir para la época de la restitución (art. 799). De igual forma, recuérdese que, mientras penda la condición, el fideicomisario no tiene derechos sobre la cosa dada en fideicomiso, pues solo cuenta con la simple expectativa de adquirir la propiedad (art. 820).

1.6.1. Sin embargo, durante ese tiempo, al destinatario se le confieren estas **prerrogativas**:

i) Es facultado para solicitarle al juez que adopte las providencias conservatorias que considere convenientes, si se advierte que la propiedad pudiere peligrar o deteriorarse, en manos del fiduciario (inc. 2°, art. 820).

ii) Una vez cumplida la condición, el fideicomisario tiene derecho a que el fiduciario le restituya la cosa que éste posee

fiduciariamente, para que, con dicha transferencia, se convierta en su propietario definitivo (art. 794).

iii) También, se le otorga derecho para reclamar solamente lo que exista al tiempo de la restitución, si al fiduciario, además de la libre administración de las especies comprendidas en el fideicomiso, se le concede la disposición de la propiedad (inc. 2°, art 819).

iv) Adicionalmente podrá el fideicomisario pedir que el fiduciario le indemnice los perjuicios ocasionados durante la libre administración de las especies comprendidas en el fideicomiso, considerando que aquél «[s]erá responsable de los menoscabos y deterioros que provengan de su hecho o culpa» (art. 817); reclamación que se viabiliza cuando se cumpla la condición, porque si aún está pendiente «el fideicomisario (...), no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo» (art. 820).

1.6.2. En cuanto a las **cargas**, la ley le impone las siguientes:

i) Llegado el caso de la restitución, deberá reembolsarle previamente al fiduciario las expensas extraordinarias en que éste incurrió, para conservar la cosa fideicomitida; operación en la que ha de reducirse lo que con mediana inteligencia y cuidado debió sufragar para cubrir tales gastos, además de ser procedente las rebajas de que trata el artículo 815 del Código Civil, a saber:

1. Si se han invertido en obras materiales, como diques, puentes, paredes, no se le reembolsará, en razón de estas obras, sino lo que valgan al tiempo de la restitución.

2. Si se han invertido en objetos inmateriales, como el pago de una hipoteca o las costas de un pleito que no hubiera podido dejar de sostenerse sin comprometer los derechos del fideicomisario, se rebajará de lo que haya costado estos objetos una vigésima parte, por cada año de los que desde entonces hubieren transcurrido hasta el día de la restitución; y si hubieren transcurrido más de veinte, nada se deberá por esta causa. (art. 815)».

ii) Reconocer al fiduciario la imposición de hipotecas, servidumbres o cualquiera otro gravamen sobre los bienes que fiduciariamente se posean, siempre y cuando medie autorización judicial, con conocimiento de causa y con audiencia de los que, según el artículo 820 del Código Civil, tengan derecho para impetrar providencias conservatorias (art. 816).

iii) Abonar las mejoras no necesarias efectuadas por el fiduciario, si, en calidad de beneficiario del fideicomiso, eso ha sido pactado (art. 818).

1.7. La restitución.

El inciso 2° del artículo 794 del Código Civil define la restitución como «[l]a traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso». En otras palabras, es la transferencia material y jurídica que hace el fiduciario al fideicomisario de las cosas fideicomitidas, al cumplirse la

condición, y, por ende, éste se convierte en pleno propietario.

Hay que tener en cuenta que, si el fideicomitente ha designado una o a varias personas como fideicomisarios de primer grado, pero que al tiempo de deferirse la propiedad fiduciaria para algunos que no existen, pero se espera existan, se hará totalmente la restitución a los fideicomisarios existentes, y los otros entrarán a gozar del fideicomiso cuando se cumpla, respecto de cada uno, la condición impuesta. No obstante, si expira el plazo de que trata el artículo 800 del Código Civil,²³ no se dará lugar a ningún otro fideicomisario (art. 806).

Igualmente, no puede perderse de vista que, de conformidad con el artículo 821, *ibidem*, «[e]l fideicomisario que fallece antes de la restitución, no trasmite por testamento o abintestato derecho alguno sobre fideicomiso, ni aun la simple expectativa que pasa ipso jure al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere».

Si el fideicomisario muere antes de materializarse la restitución de la cosa fideicomitida, el fideicomiso se extingue y se consolida el derecho del fiduciario toda vez que, la condición es fallida en atención a que la existencia del fideicomisario para la época de la restitución constituye un

23 Esta norma establece: «Toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de treinta años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución».

supuesto necesario del fideicomiso, según el artículo 799 del Código Civil.

En esas condiciones si fallece no es posible que el fideicomisario transmita, de algún modo, la propiedad fiduciaria a sus herederos, por cuanto, para el momento de su muerte, los bienes que integran el fideicomiso no han ingresado a su patrimonio, comoquiera que la condición estaba pendiente, y, por eso, no tenía un derecho consolidado, sino una mera expectativa, a voces del artículo 820 del Código Civil: y solo el cumplimiento de la condición conduciría a la restitución en su favor, presuponiendo su existencia, para ese momento.

Referente a ese asunto, la Corte dijo:

En efecto, el texto claro en su tenor literal del artículo 820 del Código Civil, preceptúa que el fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo, ya se refiera la palabra fideicomiso empleada en el artículo a la propiedad fiduciaria o a la cosa constituida en propiedad fiduciaria, y solo le reconoce la simple expectativa de adquirirlo, lo cual no constituye un verdadero derecho sobre los bienes constituidos en propiedad fiduciaria. La ley, sin embargo, garantiza la simple expectativa del fideicomisario, concediéndole la facultad de impetrar las providencias conservatorias, que le convengan si la propiedad pareciere peligrar, o deteriorarse en manos del fiduciario.

Que no tiene derecho alguno el fideicomisario sobre la cosa constituida en propiedad fiduciaria, lo está pregonando igualmente el artículo 821 que estatuye, que si el fideicomisario fallece antes de la restitución, no trasmite por testamento o abintestato derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aun la simple expectativa que pasa ipso iure al sustituto o sustitutos, si los hubiere. Si el fideicomisario que fallece antes de la restitución no trasmite derecho alguno sobre el fideicomiso, es por la sencillísima razón de que en su patrimonio no existe ese derecho,

no ha entrado a formar parte de él y, por consiguiente, no puede transmitirlo, cosa que no sucedería si ese derecho hiciera parte del patrimonio del fideicomisario, porque en general los bienes y derechos que constituyen el patrimonio de una persona son susceptibles de transmisión por testamento o abintestato.

Refuerza la anterior argumentación el mandamiento preciso terminante del artículo 1224 que ordena que ni el fideicomisario de primer grado, ni sustituto alguno llamado a ocupar su lugar, transmite su expectativa si falta, y esto es razonable porque el fideicomisario no se halla en caso de aceptar, hasta el momento de la restitución, aun cuando puede repudiarla antes de ese momento, lo que indica que antes de la aceptación el fideicomisario no tiene derecho alguno sobre el fideicomiso, pues si lo tuviera, no podría el fiduciario que haya aceptado y notificado su aceptación al donante, de común acuerdo con éste, hacer alteraciones en el fideicomiso, sustituir el fideicomisario por otro y aun revocar el fideicomiso enteramente sin que pueda oponerse a ello el fideicomisario, lo que vate decir que éste no tiene derecho alguno al fideicomiso, mientras penda la condición, pues si lo tuviere, ni el fiduciario ni el constituyente, de común acuerdo pudieran vulnerar el derecho del fideicomisario, cosa que no podría ser autorizada por la ley, es decir, permitir que se viole un derecho legítimo del fideicomisario. (CSJ SC 28 nov, 1944. ID: 418156 G.J.: T. LVIII n°. 2016, pág. 142 - 45).

1.8. Extinción del fideicomiso.

El artículo 822 del Código Civil consagra las siguientes causales específicas para la extinción de fideicomiso:

1.8.1. Por la restitución.

El fideicomiso se extingue cuando el fiduciario transfiere la propiedad al fideicomisario, con ocasión de verificarse la condición, que, para aquél, es resolutive, porque, al cumplirse, pone fin al derecho de dominio limitado, que venía ejerciendo sobre los bienes fideicomitido. Y para el beneficiario se cumple la condición suspensiva, con lo cual

nace su derecho de propiedad plena, sobre el que tenía una mera expectativa.

Situación que materializa el fin último perseguido por el fiduciante, cuando constituyó el fideicomiso, con el gravamen para el fiduciario de pasar al fideicomisario la propiedad, por el hecho de verificarse la condición preestablecida.

1.8.2. Por la resolución del derecho de su autor, como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retroventa, y se verifica la retroventa.

De manera enunciativa, la norma trae el caso de la retroventa, para ejemplificar que, si en virtud de la facultad establecida en el artículo 1939 del Código Civil, el vendedor recobra la cosa vendida sobre la que el comprador constituyó un fideicomiso, se resuelve el derecho que éste tenía como constituyente, corriendo la misma suerte los derechos del fiduciario, así como las prerrogativas y expectativas del fideicomisario.

Resultado que, igualmente, se presentará en situaciones similares en que, como consecuencia del cumplimiento de una condición resolutoria, se patentice la extinción del derecho que tenía el fideicomitente sobre la cosa entregada como propiedad fiduciaria.

1.8.3. Por la destrucción de la cosa en que está constituido, conforme a lo prevenido respecto al usufructo en el artículo 866.

Al aplicar el inciso 1° de la norma citada, se tiene que el fideicomiso se extingue por la destrucción total de la cosa fideicomitida; si se destruye parcialmente, subsiste el fideicomiso sobre la parte que subsiste.

Los incisos 2° y 3°, respectivamente disponen que «[s]i todo el usufructo está reducido a un edificio, cesará para siempre por la destrucción completa de este, y el usufructuario no conservará derecho alguno sobre el suelo», «[p]ero si el edificio destruido pertenece a una heredad, el usufructuario de esta conservará su derecho sobre toda ella».

Sin embargo, esas dos disposiciones no deben ser aplicadas al fideicomiso, en sentido estricto, porque no resulta razonable concluir que, si el edificio fideicomitado se destruye, necesariamente deba extinguirse el fideicomiso, considerando que tanto el suelo como el edificio son parte integrante del bien raíz, cuyo terreno puede seguir en poder del fiduciario, con cargo a transferirlo al fideicomisario.

Es que esos dos incisos tienen completa justificación en el usufructo, por ser un derecho real (inc. 1°, art. 823), que, pese a las similitudes, tiene diferencias con el fideicomiso, como que «[e]l usufructo es intransmisible por testamento o abintestato» (inc. 2°, art. 832), mientras que la «[l]a propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos, y transmitirse por causa de muerte», (inc. 1°, art. 810); característica está que habilita la continuidad del fideicomiso, aunque el edificio fideicomitado se destruya, porque el terreno sobre el que estaba levantado

puede ser enajenado o transmitido de conformidad con el artículo 810 del Código Civil.

1.8.4. Por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derechos de los sustitutos.

El fideicomiso se extingue si falta el fideicomisario; lo que puede suceder si, antes de restituirse la propiedad fiduciaria, éste voluntariamente hace dejación de la designación que, como beneficiario del fideicomiso, le hiciera el fideicomitente.

En tal evento, no será posible transferir la cosa fideicomitida, en los términos del artículo 794 del Código Civil, puesto, según el artículo 799, *ibidem*, la existencia del destinatario, para la época de la restitución, es un supuesto del fideicomiso.

Y ocurrida la renuncia del fideicomisario en esas condiciones, sin que se haya nombrado sustituto, el derecho del fiduciario queda consolidado en su patrimonio.

1.8.5. Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil.

Esta causal se acompasa con el artículo 1539 del Código Civil, en cuya virtud «[s]e reputa haber fallado la condición positiva o haberse cumplido la negativa, cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella, o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse

y no se ha verificado».

Así las cosas, si se tiene por fallida la condición, al acontecer el hecho futuro e incierto que la constituye, u ocurrió pasado el tiempo para su cumplimiento, el fideicomiso se extingue y el fiduciario se convierte en pleno propietario.

1.8.6. Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario.

El fideicomiso se extingue si en una misma persona concurren las calidades de fiduciario y fideicomisario, sin sustituto, porque no sería posible cumplir con el gravamen que limita la propiedad fiduciaria, esto es, pasarla a otra persona por el hecho de verificarse una condición, como lo prescribe el artículo 794 del Código Civil. Y no podría haber transferencia de dominio si no hay dos patrimonios entre los cuales se dé el desplazamiento jurídico de la cosa fideicomitada, como cuando fiduciario y beneficiario son sujetos distintos.

1.8.7. Otras formas de extinguir el fideicomiso.

Es de precisar que las causales contempladas en el artículo 822 del Código Civil no fueron establecidas, por el legislador, de manera restrictiva, pues es posible finalizar el fideicomiso por diversos medios no mencionados en dicha disposición, como los que a continuación, por vía de ejemplo,

se indican:

(i) Por los modos de extinguir las obligaciones, de conformidad con el artículo 1625 de Código Civil, aplicable en lo que no contradiga la naturaleza jurídica de la institución fiduciaria.

(ii) Por declararse nulo el acto jurídico constitutivo del fideicomiso, generándose para los contratantes efectos *ex nunc*, es decir, se pone fin, hacia el futuro, a la eficacia que el acto tuvo entre las partes, y efectos *ex tunc*, esto es, desaparecen hacia el pasado las consecuencias que produjo el acto desde su celebración hasta su invalidación judicial (CSJ. SC 24 feb, 2003. Exp. No. 6610).

(iii) Por declararse simulado el acto jurídico constitutivo del fideicomiso y se hace prevalecer la voluntad real sobre la aparente, imponiéndose retrotraer las cosas al estado en que se hallaban con antelación al acto jurídico fingido. (CSJ 2906-2021).

(iv) Por decretarse la expropiación de los bienes fideicomitidos, de acuerdo con el artículo 399 del Código General del Proceso, en cuyo numeral 7° dispone que *[e]n la sentencia se resolverá sobre la expropiación, y si la decreta ordenará cancelar los gravámenes, embargos e inscripciones que recaigan sobre el bien, y determinará el valor de la indemnización que corresponda.*

2. Resolución de los cargos.

2.1. La casacionista censura que el Tribunal declarara nulo el fidecomiso documentado en la escritura 1139 del 2 de agosto de 2019, otorgada en la Notaría Primera de Tunja, por faltar un elemento del contrato, ya que al concurrir en una persona las calidades de fiduciante y fiduciario, desapareció la bilateralidad del acto constitutivo.

Conclusión que infringió directamente el artículo 807 del Código Civil, por interpretación errónea; además de violar indirectamente la norma citada, por incurrir en error de hecho, al apreciarse indebidamente el instrumento público que llevó al juzgador a afirmar equivocadamente que *«no se designó fiduciario que hiciera la restitución de los bienes a la beneficiaria, ni que hiciera tradición y entrega de los bienes»*, pese a que sí se realizó tal designación.

2.2. En ese contexto, se advierte que tales acusaciones están asistidas de razón, por cuanto el fallador de segunda instancia quebrantó el artículo 807 del Código Civil, que cuenta con el carácter de norma sustancial, en la medida en que *«se ocupa de regular una situación de hecho, respecto de la cual deba seguirse una consecuencia jurídica»*;²⁴ esto es, permitir que el constituyente continúe gozando de la propiedad

²⁴ CSJ SC, 1° jun. 2010, rad. 2005-00611-01; SC, 14 dic. 2010, rad. 2006-00050-01; SC, 6 mar. 2012, rad. 2001-00026-01; SC, 15 jul. 2014, rad. 2005-00209-01; citadas en CSJ SC17296-2014 y en SC444-2023.

fideicomitida, ante la ausencia de fiduciario.

2.3. En efecto, recuérdese que la norma citada establece que *«[c]uando 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»*.

Esa disposición claramente permite que sobre los bienes objeto del fideicomiso, el fideicomitente ejerza los derechos y asuma las obligaciones que, para el fiduciario, contemplan los artículos 809 a 818 del Código Civil, ya sea porque éste no es designado en el acto de constitución, o porque, habiéndose designado, posteriormente llega a faltar, estando aún pendiente la condición.

De ahí que pueda colegirse que si bien, desde el punto de vista de su formación, el fideicomiso civil puede constituirse mediante un acto jurídico bilateral, gratuito u oneroso, en el que confluyen las voluntades del fiduciante y del fiduciario, el referido artículo 807 habilita que el fideicomiso se estructure a partir de la voluntad unilateral del testador o del fideicomitente, sin que sea necesaria la presencia del fiduciario, como persona diferente a aquél.

2.4. Puestas de ese modo las cosas, se advierte el dislate en que incurrió el Tribunal por darle al artículo 807 del Código Civil una interpretación distanciada de su diáfana

redacción, desconociendo que el artículo 27, *ibidem*, prescribe que «[c]uando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu»

Y no obstante que la Corte ha señalado que «*el sentido y alcance de la norma se mide por su intención y no por las palabras con que ella se exterioriza*» (CSJ SC 14 dic, 2012, exp. 00058-01, reiterada en SC1792-2024), en el caso examinado no se observa la necesidad de esclarecer una finalidad distinta a la expresada en el precepto invocado, al menos en lo referente a la posibilidad de que, en el fideicomiso civil, el fiduciante goza de la propiedad fideicomitida cuando no designa fiduciario o si éste llegare a faltar, luego de ser designado como tal, estando pendiente la condición.

2.5. También se evidencia que el Tribunal transgredió indirectamente el artículo 807 del Código Civil, con ocasión del error de hecho en la apreciación de la escritura 1139 de 2 de agosto de 2019, otorgada en la Notaría Primera de Tunja, por Marina Joya de Fonseca.

Ciertamente, el sentenciador valoró indebidamente esa documental, porque concluyó:

(...) se encuentra que siendo el fideicomiso un contrato bilateral, no intervino el otro elemento, no concurren, están ausentes los elementos y partes propias del fideicomiso civil. (...) De tal forma que no se dan los elementos propios de existencia del contrato, ni sujetos del contrato, se desnaturalizó el fideicomiso civil. Este es un acto bilateral, y en la escritura 1139 de 2019, se reúne una manifestación unilateral de voluntad. Amén de que no se designó fiduciario que hiciera la restitución de los bienes a la beneficiaria, ni que hiciera tradición y entrega de los bienes».

No obstante, en ese instrumento público se consignó:

En la ciudad de Tunja, (...) a los dos (2) día(s) del mes de agosto del año 2010, ante mí, (...) Notario Primero del Circuito de Tunja, compareció: MARINA JOYA DE FONSECA (...) quien para el efecto manifestó que es su voluntad otorgar escritura pública de constitución de FIDECOMISO CIVIL conforma al artículo 794 del Código Civil el cual se regirá por las siguientes condiciones:-----

ARTÍCULO PRIMERO.- OBJETO – El presente Fideicomiso Civil se constituye sobre el(los) siguiente(s) inmueble(s):-----

(...)

ARTÍCULO SEGUNDO: Los BENFICIARIOS del(os) inmueble(es) objeto del Fideicomiso Civil será(n) los siguientes señores y será distribuido de la siguiente manera:-----

1.- Para ELIANA FONSECA JOYA (...).

(...)

2. Para ALBERTO FONSECA JOYA (...).

(...)

ARTÍCULO QUINTO. - ADMINISTRACIÓN. - La administración del patrimonio constituido en propiedad fiduciaria será administrada de manera autónoma y sin limitación de ninguna naturaleza por el(la) constituyente fiduciario quién(es) podrá(n) gozar de(los) bien(es) a su arbitrio.

(...).

En esos términos, correspondía al Tribunal analizar los apartes transcritos, a la luz del artículo 807 del Código Civil, para llegar a una conclusión distinta a la consignada en la sentencia de segundo grado, por cuanto la literalidad de dicha norma expresa que, estando pendiente la condición, el constituyente gozará de la propiedad, cuando el fiduciario no ha sido designado en el acto de constitución, como ocurrió en este caso.

Por eso, se imponía al *ad quem* razonablemente colegir -pero no lo hizo- que Marina Joya de Fonseca, fungiendo como fiduciante, en el acto de constitución del fideicomiso

podía, formalmente, disponer que conservaba el dominio de los bienes fideicomitidos, no designando fiduciario, y, de ese modo, administrarlos con los derechos y obligaciones consagrados en los artículos 809 a 818 del Código Civil; además de sujetar a una condición preestablecida, la restitución en favor de los beneficiarios Elena y Alberto Fonseca Joya.

2.6. Desde esa óptica, no era dable al fallador cuestionado declarar, por los motivos que expuso, la nulidad del acto formalizado mediante la escritura pública 1139 del 2 de agosto de 2019, otorgada en la Notaría Primera de Tunja; menos si era su deber verificar si en el comentado fidecomiso civil hacían presencia no solo los requisitos para su validez, sino también para su existencia; con el fin de establecer, como en efecto se observa, que dicho acto jurídico carece de realidad en el mundo del derecho, como fideicomiso, por faltar uno de los específicos elementos esenciales para su constitución toda vez que, la restitución no se supeditó a una condición, sino a un plazo, pese a que el artículo 794 del Código Civil define como propiedad fiduciaria aquella que *«está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una **condición**»*²⁵ y el artículo 801, *ibidem*, preceptúa que *«[l]as **disposiciones a día que no equivalgan a condición, según las reglas del título de las asignaciones testamentarias, capítulo 3o, no constituyen fideicomiso**»*.²⁶

²⁵ Negrillas fuera de texto.

²⁶ Negrillas fuera de texto.

En concordancia con esas disposiciones, el artículo 1138, *ejusdem*, dispone:

*Las asignaciones testamentarias pueden estar limitadas a **plazos o días**, de que dependa el goce actual o la extinción de un derecho; y se sujetarán entonces a las reglas dadas en el título De las obligaciones a **plazo**, con las explicaciones que siguen.*²⁷

Y, a renglón seguido, el artículo 1139, *idem*, establece:

El día es cierto y determinado, si necesariamente ha de llegar, y se sabe cuándo, como el día tantos de tal mes y año, o tantos días, meses o años después de la fecha del testamento o del fallecimiento del testador.

*Es cierto pero indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo, **como el día de la muerte de una persona.***

²⁸

(...).

Asimismo, nótese que, en la escritura otorgada para constituir el fideicomiso, se hizo pender la restitución de la muerte de la fideicomitente, así:

*ARTÍCULO TERCERO. RESTITUCIÓN. Para efecto de la Restitución o sea para que los beneficiarios entre(en) a gozar del pleno dominio del bien será condición indispensable **el fallecimiento de la constituyente(s)** MARINA JOYA DE FONSECA, de acuerdo a los términos del artículo 799 del Código Civil.*²⁹

*ARTÍCULO CUARTO – El(los) bien(es) constituido(s) en la presente Fiducia Civil, no saldrá de la propiedad de la(los) constituyente(s) se mantendrá(n) en cabeza de la (los) misma(os) hasta que se verifique la Restitución con motivo del **fallecimiento de la (los) constituyente(es).***³⁰

²⁷ Negrillas fuera de texto

²⁸ Negrillas fuera de texto.

²⁹ Negrillas fuera de texto.

³⁰ Negrillas fuera de texto.

Desde esa perspectiva, no cabe duda de que la obligación de transferir la propiedad a las personas en cuyo favor se estableció la restitución del fideicomiso, solo se sujetó a la verificación de la muerte de la fiduciante, suceso cierto que constituye un plazo, mas no una condición.

Téngase presente que, conforme al artículo 1530 del Código Civil, «[e]s obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no»; en tanto que el artículo 1551, *ibidem*, precisa que «[e]l plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación (...)».

Respecto de esa temática, esta Sala precisó:

Para que una modalidad (...) constituya una condición debe contener dos elementos esenciales, a saber: a) debe consistir en un acontecimiento futuro, que lleve en su seno el evento de su realización; y b) debe ser incierto, vale decir que por su propia naturaleza pueda suceder o no, dado que la contingencia o incertidumbre es lo que constituye y caracteriza la condición.

Cuando la modalidad a que se sujeta la obligación consiste, no en acontecimiento sino en un día, se hace necesario hacer esta distinción: si se trata de un día incierto, sea determinado o no, constituye una condición; en cambio, si el día es cierto, sea determinado o simplemente determinable, configura una obligación a plazo hasta el día que necesariamente ha de llegar. Según el artículo 1142, inciso 2° del C.C. el día cierto y determinado equivale a una condición en las asignaciones testamentarias cuando el testador exige el requisito de existir el asignatario en ese día; pero bien se ve que la condición no está en el día, sino en esa exigencia adicional.

Como consecuencia de lo dicho, hay que aceptar que las obligaciones contraídas a plazo y que deben cumplirse en un día incierto, sea determinado o no, tienen el valor de condiciones y como tales deben considerarse dentro de una sana hermenéutica.

El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y haciendo más extensivo este concepto, es una fecha

futura y cierta de la cual pende la exigibilidad o extinción de una obligación (Art. 1551 C.C.). Los elementos esenciales del plazo son su carácter de fecha futura y su calidad de certidumbre, ya que si fuera el plazo una fecha pasada o presente, o hubiera evento o incertidumbre en su llegada, carecería de base esta modalidad o degeneraría en una condición.

El plazo puede ser determinado o indeterminado, expreso o tácito, según que se haya fijado un día preciso o un acontecimiento futuro y cierto como la muerte de una persona, en el primer caso; o que en pacto contractual se haya señalado el día preciso del cumplimiento de la obligación o no se haya determinado de esa manera precisa y expresa, pero que pueda deducirse de la naturaleza misma de la obligación y del propósito que las partes tuvieran en mientes al contratar (artículo 1068 del C.C.). El plazo, como modalidad de la obligación, produce el efecto jurídico fundamental de que no influye en la existencia misma de la obligación, sino que solamente retarde su cumplimiento. Consecuencia de tal efecto, es que el derecho sometido a plazo no es exigible antes de su vencimiento, salvo naturalmente las excepciones taxativamente señaladas en el artículo 1553 del C.C. en que han desmejorado en sus condiciones de solvencia el deudor mismo o sus cauciones; y aún en este último caso puede conservarse el beneficio del plazo, renovando o mejorando las garantías. (CSJ SC 17 nov, 1939. ID: 419721. G.J. T.: XLVIII n°. 1951, pág. 885 – 893).

En ese marco normativo y jurisprudencial, es claro que la muerte de una persona es un plazo, por ser un acontecimiento que se sabe que necesariamente ocurrirá, aunque se desconozca cuándo, es decir, se ignore el día exacto, que, pese a ser indeterminado, ciertamente llegará.

Lo indicado es así, sin perjuicio de que, en algunos casos, con el hecho de la muerte se pueda estructurar una condición, si a su acaecimiento se adiciona incertidumbre, como si, en el presente asunto, se hubiera estipulado que «[p]ara efecto de la restitución o sea para que los beneficiarios entre(en) a gozar del pleno dominio del bien será condición indispensable [que] el fallecimiento de la constituyente(s) MARINA JOYA DE FONSECA» se

produzca dentro de los dos años siguientes a la constitución del fidecomiso.

De ese modo, se estaría supeditando la restitución a un día cierto e indeterminado, como lo sería el deceso de la constituyente, pero que debería ocurrir en el bienio estipulado; evento que es condicional, según el artículo 1143 del Código Civil,³¹ por no saberse, con seguridad, si dicha muerte sucederá en el período establecido para su posible ocurrencia.

Obviamente, en esta hipótesis iría inmersa la condición de existir el fideicomisario, o su sustituto, para la época de la restitución, por ser un supuesto imprescindible en el fideicomiso, de conformidad con el artículo 799, *ejsudem*.

2.7. Por lo tanto, como en el acto jurídico que Marina Joya de Fonseca quiso constituir como fidecomiso civil, no se subordinó la restitución en la forma ejemplificada previamente, se advierte, sin dificultad, la inexistencia del mismo, debido a que en la escritura 1139 de 2019 salta a la vista que se incorporó en su texto un plazo, debiendo ser una condición, a voces del artículo 794, *idem*, en concordancia con el artículo 801, *ibidem*, que –se insiste– claramente previene «**[l]as disposiciones a día que no equivalgan a condición, según las reglas del título de las asignaciones testamentarias, capítulo**

³¹ Norma a la que remite el artículo 801 del Código Civil, al establecer: «según las reglas del título de las asignaciones testamentarias, capítulo 3o».

3o, **no constituyen fideicomiso**».³²

Entonces, resulta palmario que la ausencia de una condición para restituir los bienes fideicomitidos -que es un específico requisito esencial del fideicomiso (art. 794 C.C)-apareja la inexistencia de dicho acto jurídico; fenómeno que debe ser analizado oficiosamente por el juzgador, incluso en casación, máxime si el inciso final del artículo 336 del Código General del Proceso, faculta a la Corte para «*casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales*».

Sobre el particular, recuérdese que, en sentido amplio, la ineficacia es predicable del acto o contrato que no produce efectos jurídicos; fenómeno que -para lo que aquí interesa- comprende la inexistencia y la nulidad; reconociéndose la primera si la manifestación de voluntad, unilateral o bilateral, «*no alcanza a nacer a la vida jurídica por faltarle una condición esencial*» (CSJ SC 7 ago, 2010, exp. 2002-2010, citada en CSJ SC 13 dic, exp. 1999-01651); mientras que la segunda se declara si dicha expresión volitiva, «*por causa de un defecto no es apt[a] para producir ningún tipo de consecuencias jurídicas. Tal producción de consecuencias le es negada definitivamente y se considera el contrato, a este aspecto, como no realizado*».³³

En cuanto a la inexistencia, esta Sala concluyó que la

³² Negrillas fuera de texto.

³³ Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho patrimonial civil*, Tomo I. Ed. Thomson-Civitas, Madrid. 2007, p. 577.

falta de condiciones necesarias para que un acto jurídico tenga realidad o sea considerado como tal en el ordenamiento jurídico, es un aspecto aplicable no solo en materia mercantil, sino también en civil, como se indicó en CSJ SC494-2023, así:

*(...) para que un acto jurídico sea eso, y no otra cosa, requiere la concurrencia de voluntad, consentimiento, objeto, causa, y, en ciertos casos, -cuando la ley la exige o las partes la acuerdan- también una forma solemne. La ausencia de todos o alguno de esos requisitos esenciales, comunes a todos los actos jurídicos, produce, como consecuencia propia, la **inexistencia jurídica del acto**. Es decir, si falta alguno de esos elementos esenciales comunes, no surgirá a la vida jurídica, **no habrá acto jurídico civil**. (Negrillas subrayadas fuera de texto).*

Y eso es así porque el artículo 1501 del Código Civil, entre otras cosas, prescribe que *«[s]on de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente»*. Norma que permite deducir que si el contrato que se quiso celebrar no cuenta con los elementos sustanciales que ontológicamente lo estructuran, entonces queda desprovisto de los efectos jurídicos que produciría existiendo como tal; sin perjuicio de que se deriven las consecuencias legales, propias de la figura contractual que pueda configurarse con la ausencia de algún elemento esencial del acuerdo inicialmente pretendido.

Es de anotar que, según algunos doctrinantes, la palabra *«degeneran»*, referida en el artículo transcrito, dio lugar a la teoría de la *«conversión»*³⁴ de un acto jurídico en otro

34 Autores como Guillermo Ospina Fernández consideran que *«el único terreno en que se puede dar la conversión de que se trata es, según expresamente lo declara el artículo*

diferente,³⁵ *«que se endereza a dotar de eficacia a las manifestaciones de voluntad privada, en cuanto estas cumplan o puedan cumplir la función que ha determinado su reconocimiento»*;³⁶ situación que se evidenciaría si, por ejemplo, a la constitución formal del fidecomiso civil no concurre algún requisito propio de su esencia, resultando, entonces, inexistente como tal; sin que esa omisión impida que, eventualmente, se estructure una figura distinta, como podría ser una donación, si se advierten cumplidas, entre otras, la exigencias consagradas en el Decreto 1712 de 1989, que modificó el artículo 1458 del Código Civil; acto gratuito que, valga indicar, el juzgador segunda instancia no encontró acreditado, porque *«[s]i lo que se quería era donar y beneficiar para agraciarse a la hija que la acompañaba, debió explícitamente así decirlo, y cumplir con los presupuestos de la donación»*.

También, es de precisar que, en principio, no es necesario un pronunciamiento judicial para aniquilar el acto

1501 del Código Civil, aquel en que un acto jurídico que reúne los elementos esenciales como tal suscita la cuestión de si, catalogado en un tipo específico, debe tenerse por inexistente o ineficaz por carecer de alguno de los elementos también esenciales de tal tipo; o si, por el contrario, al ubicarlo en otro tipo o clase, se convierte en un acto jurídico perfecto, válido y eficaz. Frente a este dilema, el artículo 1501 aconseja la conversión, siempre y cuando esta no contrarie la real voluntad de los agentes. Así se realiza el principio de la conservación de los actos jurídicos y, por ende, el acatamiento de la voluntad privada jurídicamente operante dentro del ámbito reconocido por la ley». (Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Sexta edición. Editorial Temis. Bogotá, 2000. Pág. 492).

35 Aunque está teoría en el artículo 904 del Código de Comercio está circunscrita al contrato nulo, hay doctrinantes, como Fernando Hinestroza, que sostienen que *«[e]n lo que hace a la conversión, esto es, al aprovechamiento de la disposición de intereses fallida, reconociéndole la relevancia y, por ende, la eficacia, que pueda dársele como una figura negocial específica distintita a la celebrada, en el supuesto de que llene a plenitud los requisitos de la definición y se pueda pensar en que su función práctico-social fue apetecida por las partes, no se ve obstáculos alguno a la ‘conversión’ del negocio inexistente»* (Tratado de las OBLIGACIONES II. De las fuentes de las obligaciones: EL NEGOCIO JURÍDICO. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. Pág. 697).

36 Ospina Fernández, Guillermo. Op. Cit. Pág. 490.

o contrato inexistente, pues sería un contrasentido tratar de hacer desaparecer aquello que no tiene ser. Sin embargo, su reconocimiento sí es procedente cuando se presenta la inicial o total ejecución de prestaciones, bajo el ropaje de una figura que se cree tener existencia, sin tenerla (CSJ SC10097-2015). Caso en el cual -por no haber norma específica en el ordenamiento legal-, la equidad impone aplicar analógicamente el artículo 1746 del Código Civil, para dejar las cosas en su estado anterior, disponiendo las correspondientes restituciones recíprocas, a fin de evitar ulteriores controversias suscitadas entre las mismas partes, enfrentadas por la inexistencia negocial.

Así, en providencia CSJ SC10097-2015, la Corte sostuvo:

*El Tribunal no hizo, pues, más que aplicar esta añeja doctrina de la Corte (confirmada en fallos posteriores, como por ejemplo, en C.S.J. SC. 026-1998) a efectos de dotar la ineficacia (por inexistencia) que predicó de la oferta y por ende del convenio ofrecido -que, con todo, **tuvo comienzo de ejecución**-, de los efectos restitutorios predicables de la nulidad declarada, arguyendo para ello, precisamente, la misma razón que la Corte, en la providencia transcrita, ofreció, concerniente a **la viabilidad de decretar las restituciones recíprocas para evitar un inoficioso litigio posterior**, a más de argüir el desplazamiento patrimonial injustificado que se generaría si, como consecuencia de una declaración de ineficacia, no ordenara el sentenciador que las cosas vuelvan al estado anterior al del pretendido acto o negocio jurídico a la sazón inexistente, fundamento que, por lo demás, la Corte ha encontrado en las restituciones oficiosas (G.J. Tomo LXIII, pág. 659 y en el mismo sentido CSJ SC.130-2010).*

(...)

A los efectos de calificar la argumentación en la cual el Tribunal sustentó la orden de restituir las sumas pagadas por la demandante, concluye la Sala que la misma no puede tenerse por

*impertinente, deficiente o contradictoria, toda vez que existe una más que razonable ilación lógica entre considerar como ineficaz un acto o negocio jurídico y la condena a restituir las prestaciones que las partes hubieren efectuado por cuenta del mismo, a punto de que ello se encuentra expresamente previsto como consecuencia natural de la nulidad, en el **artículo 1746 del Código Civil, precepto que, en ausencia de norma especial, resulta aplicable por analogía a las otras formas de patología negocial que determinan la privación radical de los efectos del acto o contrato, concretamente a la inexistencia y la ineficacia** (...).* (Negrillas fuera de texto).

Y en sentencia CSJ SC 13 dic, 2013; exp. 1999-01651-01, la Corporación reiteró:

*En consecuencia, el “contrato”, jurídicamente era **“inexistente”**, al faltar el “consentimiento”, puesto que la ausencia de tal elemento, esto es, el “consentimiento”, (...) configura una de las causales constitutivas del mencionado fenómeno jurídico y, por lo tanto, la pretensión principal invocada para el reconocimiento de tal modalidad de “ineficacia del negocio jurídico”, estaba llamada a prosperar.*

*12. La precedente conclusión, impone la revocatoria del fallo de primer grado, incluida la providencia que lo adicionó, salvo el punto séptimo de esta última, en el que se ordenó cancelar la inscripción de la demanda, y en su lugar, **se reconocerá que el acto impugnado adolecía es inexistente.***

*Igualmente, dada la viabilidad de la citada petición, **es procedente estudiar lo atinente a la restitución del “statu quo ante”**, cuya solicitud plantea la actora en las súplicas consecuenciales y, dada la ausencia de regulación especial, se deben aplicar en lo pertinente los parámetros tomados en cuenta para los eventos en que alcanza éxito alguna de las otras formas de “ineficacia del contrato”.*

*En ese sentido, la doctrina jurisprudencial de esta Corporación, en fallo de 21 de junio de 2011, exp. 2007-00062, en el que se debatió un caso de “simulación absoluta”, reiteró que “(...) ‘la ley, no ha reglamentado expresamente las consecuencias que deben desprenderse en el evento de que haya que imponérsele al demandado la obligación de restituir la cosa a su verdadero dueño (...); pero se comprende fácilmente que la solución a que debe llegarse al respecto es la misma que la ley consagra en las aludidas acciones de nulidad, reivindicatoria y rescisoria, no sólo porque subsisten los mismos **motivos de equidad** que para éstas*

*la han determinado, sino porque **razones de analogía** imponen al juzgador el deber de aplicar las leyes que regulan casos o materias semejantes (art. 8º, Ley 153 de 1887), y también porque las disposiciones sobre prestaciones mutuas tienen tal generalidad que de suyo son aplicables para regular las indemnizaciones recíprocas, en todos los casos en que un poseedor vencido pierda la cosa y sea obligado a entregarla a quien le corresponde' (G.J. LXIII, pág. 658) sent. cas. sust. de 12 de diciembre de 2000 exp. 5225)". (Negrillas fuera de texto).*

Pero, debe aclararse que la posibilidad de aplicar a la inexistencia el artículo 1746 del Código Civil, no implica extender a dicha institución jurídica el saneamiento de la nulidad absoluta, por prescripción extraordinaria, según el artículo 1742, *ibidem*; disposición que cierra puertas al juez para declararla a instancia de parte u oficiosamente, «*por cuanto el paso del tiempo, unido a la inactividad del interesado, tienen por efecto purgar el vicio y conferir certeza al acto o negocio jurídico tornándolo invulnerable frente a los ataques contra su validez*» (CSJ SC279-2021).

Lo manifestado encuentra sustento en que el acto o contrato inexistente no nace a la vida jurídica por el solo paso del tiempo, en tanto que la redacción del artículo 1501 del Código Civil permite entender que, faltando un elemento esencial, la figura jurídica pretendida no produce efecto alguno, como tal; mientras que sí se pueden generar consecuencias, en el supuesto de que esa carencia basilar no obstruya el surgimiento de otro instituto negocial, que, por eso, ha cobrado su ser de manera autónoma, y no de un acto que no existe, puesto que, bien lo dice el aforismo latino, *ex nihilo nihil fit*, es decir, «*de la nada, nada surge*».

Ahora, que la inexistencia no se sanee por el transcurso del tiempo, no se traduce en que las restituciones que puedan derivarse de su reconocimiento queden en un estado de latencia *ad eternum*, para ser demandadas en cualquier momento, sin límite temporal, toda vez que, para esas reclamaciones, sí corre el término prescriptivo extraordinario de 10 años (Art, 1°, L. 791/2002), considerando que ese fenómeno extintivo tiene fundamento «*en el mantenimiento del orden público y la paz social; propende por otorgar certeza y seguridad a los derechos subjetivos mediante la consolidación de las situaciones jurídicas prolongadas y la supresión de la incertidumbre que pudiera ser generada por la ausencia del ejercicio de las potestades*» (CSJ SC279-2021).

2.8. En línea con lo previamente razonado, se tiene que los yerros advertidos resultan **intrascendentes**, porque si se ubicara la Corte en sede de instancia, igualmente tendría que revocar el fallo de primer orden, pero por razones distintas a las que planteó el Tribunal; concretamente por la inexistencia del comentado fidecomiso civil, que si bien, junto con la nulidad, constituye una forma de ineficacia genérica del acto o contrato, lo cierto es que con su reconocimiento se persigue, en últimas, el mismo resultado buscado con la invalidación, al menos en lo concerniente a las repercusiones de su declaratoria (CSJ SC10097-2015), esto es, que la correspondiente manifestación de voluntad no produjo efectos jurídicos, y, consiguientemente -si ha habido inicios de ejecución del acto calificado de inexistente-, disponer que las cosas vuelvan al estado anterior, ordenándose las

restituciones mutuas a que haya lugar; como fue resuelto en el presente caso, y, por ende, esas consecuencias *ex tunc* (desde siempre) *ex nunc* (desde ahora) habrían de mantenerse, porque el acto inexistente objeto de este litigio fue ejecutado como un fideicomiso, sin serlo, por no ajustarse a los artículos 794³⁷ y 801³⁸ del Código Civil.

3. Por todo lo anteriormente expresado, las acusaciones no prosperan.

Como la decisión es adversa a la parte recurrente, se impondrá condena en costas a su cargo, de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 e inciso 5° del artículo 349 del Código General del Proceso.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Agraria y Rural, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NO CASAR la sentencia proferida el 28 de

37 El primer inciso de este artículo determina: «Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona **por el hecho de verificarse una condición**» (Negrillas fuera de texto).

38 Esta norma establece: «**Las disposiciones a día que no equivalgan a condición, según las reglas del título de las asignaciones testamentarias, capítulo 3o, no constituyen fideicomiso**». (Negrillas fuera de texto).

julio de 2023, por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte impugnante. Por concepto de agencias en derecho, se fija la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: En su oportunidad, devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

NOTIFÍQUESE,

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Presidente de Sala
(Aclaración de voto)

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

FERNANDO AUGUSTO JIMÉNEZ VALDERRAMA

ADRIANA CONSUELO LÓPEZ MARTÍNEZ

JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
(Aclaración de voto)

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Radicación n°. 15001-31-53-004-2020-00085-01

ACLARACIÓN DE VOTO

En el asunto de la referencia, aunque estoy de acuerdo con la decisión tomada y con los defectos que en materia de técnica de casación halló la Sala para negar la prosperidad de los cargos alzados frente al veredicto combatido, con el respeto debido por las decisiones de la mayoría considero necesario aclarar mi voto, en tanto no comparto algunas de las afirmaciones contenidas en su parte motiva.

1.- Coincido plenamente con la inferencia relacionada con la falta de trascendencia del error cometido por el tribunal, ya que puesta la Corte en sede de instancia tendría que llegar a la misma decisión y, por lo tanto, no había lugar a casar el fallo impugnado.

2.- Sin embargo, frente a la postura mayoritaria tengo dos reparos: uno de estirpe sustancial y otro de carácter procesal que enseguida expongo.

2.1.- En lo sustancial, discrepo de la posición de la mayoría que concluyó, que ante la deficiencia presentada al fijar la condición únicamente vinculada al fallecimiento de la fideicomitente el negocio jurídico es «*inexistente*».

2.1.2.- Por sabido se tiene que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las personas pueden ejecutar o celebrar actos o negocios jurídicos para la disposición de sus intereses patrimoniales o adquirir obligaciones, los cuales requieren ciertos presupuestos para existir, otros para su validez y algunos más para subsistir; los primeros ligados a su formación y otros para su ejecución. Es frente a los dos primeros donde han surgido múltiples posturas vinculadas con la ineficacia de los negocios jurídicos, incluidas las que refieren a la ineficacia por inexistencia o por nulidad, generando no pocas veces confusión frente a dichos conceptos, hasta llegar en ocasiones a pregonar la inviabilidad de la inexistencia ora llegando a asimilarlos.

2.1.3.- Derivado de lo dispuesto por los arts. 1501, 1502 y 1740 del Código Civil, se puede evidenciar que es indispensable para la estructuración del negocio el acatamiento de los elementos mínimos que se deben precisar respecto del interés que quieren desarrollar. Tales, la concurrencia de los sujetos, contenido y forma constitutiva, cuya omisión apareja la ineficacia total del acto, de suerte que no produce derechos ni obligaciones; mientras que estará afectado de nulidad aquel negocio que le falta alguno de los requisitos, no para que se estructure sino para que alcance valor según su naturaleza o especie, calidad o estado de los sujetos que negocian.

2.1.4.- No son pocas las voces que se levantan en pro y

en contra de la «inexistencia» del negocio jurídico fenómeno que Díez Picazo califica como «la forma más radical de la ineficacia y lógicamente la primera»¹.

2.1.4.1.- Con relación a las distinciones entre la inexistencia y la nulidad un sector de la doctrina precisa que:

«Hay, pues, que distinguir la nulidad de la no existencia jurídica. Todo acto o contrato, toda declaración de voluntad, requiere para su existencia o perfeccionamiento la concurrencia de determinados requisitos; pero la simple concurrencia de estos requisitos puede no bastar para su validez, porque en todo acto o convención deben distinguirse las cosas que le son esenciales, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro diferente; las que son de su naturaleza y se entienden pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial que las indique o enumere; y las puramente accidentales, que no perteneciéndole esencial ni naturalmente, se le agregan por medio de cláusulas especiales . Hemos dicho ya que para que el acto jurídico exista es indispensable que concurren las cosas que son esenciales a su existencia; y que para que tenga pleno valor jurídico, o sea, produzca los efectos que debe producir según su clase, es necesario que este exento de vicios... Si falta una de las cosas esenciales a su existencia el acto no puede jurídicamente existir, no puede producir efecto alguno, es la nada. Si solo falta un requisito necesario para la validez del acto, éste existe con el vicio; es un acto nulo, pero no un acto inexistente. No es lo mismo la nada que la nulidad; La nada es la no existencia, y su sanción es la misma no existencia que ha hecho imposible el perfeccionamiento del acto y la producción de algún efecto; la nulidad es la invalidez, es la sanción del vicio de que el acto adolece; el acto es nulo, de nulidad absoluta, o es rescindible, por ser nulo relativamente»² (se subraya)

2.1.4.2.- Frente a esta temática en asuntos civiles esta Corte ha tenido posturas diversas, dada la ausencia de una regulación expresa, en ocasiones, desligándola de la nulidad y en otras remitiéndose a las reglas precisas de estas para

efecto de las restituciones mutuas, cuando hay lugar a ellas, y en reciente pronunciamiento rememoró el desarrollo que ha tenido en la jurisprudencia nacional, así:

La inexistencia como nota distintiva en el campo de la ineficacia de los actos jurídicos no ha sido pacífica en la doctrina extranjera y nacional, lo que se reflejó en el ordenamiento patrio comoquiera que en nuestra legislación civil no cuenta con una caracterización normativa, mientras que en materia mercantil sí.

Sin embargo, en el campo civil ha sido objeto de estudio por vía jurisprudencial, al señalar inicialmente que la inexistencia de un contrato no es asimilable a la nulidad y que serán otras acciones las pertinentes para deshacer las prestaciones cumplidas por los contratantes:

Nuestra ley no hace la distinción, calificada por algunos autores de meramente académica, que otros hacen entre la nulidad absoluta y la inexistencia. Si dos personas han entendido, por ejemplo, celebrar la compraventa de un inmueble sin escritura pública, ese contrato no existe, y aquél erróneo concepto de haberlo celebrado no da asidero a una acción de nulidad, sencillamente porque no hay contrato que anular, a tiempo que los pasos que esas personas hayan dado, en su falsa creencia, determinan otras acciones, por lo cual no se halla necesario asignar a la inexistencia un puesto o entidad especial con el fin de revestir a los interesados de medios adecuados para la efectividad de los derechos que les asistan. (CSJ SC de 15 mar. 1941, G.J. t. L, pág. 802).

Posteriormente, la Sala asimiló la acción de inexistencia con la de nulidad, tras iterar que nuestro ordenamiento no previó causa de invalidación del acto por aquel motivo:

Si la doctrina considera en abstracto el fenómeno de la inexistencia, es únicamente desde el punto de vista de la nulidad, como ha tenido la ocasión de precisarlo la Sala de Casación en fallos diferentes. Y es que efectivamente la expresión contrato inexistente es en sí misma contradictoria. Y lo es porque el concepto contrato enuncia la existencia de un ente, o una realidad jurídica creada, que puede ser viciosa pero en todo caso existente; es decir, enuncia una determinada relación con el atributo propio

de los entes. En cambio, el calificativo inexistente, es la negación misma del ente; y una cosa no puede ser, y no ser, vale decir, no puede ser ente y no serlo al mismo tiempo. En rigor, prácticamente hablando, el problema en si cabe o no pensar en inexistencia, es del todo inoficioso puesto que, aun optando por la afirmativa, ello es que la ley no ofrece casilla especial para tal fenómeno ni le establece tratamiento singular y precisamente, por lo mismo, los casos de esa índole van a dar a la nulidad absoluta, que sí es fenómeno reconocido y reglamentado por la ley. Por tanto, piénsese sobre eso lo que se quiera, en lo judicial se les ha de colocar en el concepto de nulidad absoluta, lo que los deja en situación o calidad de cuestiones meramente metafísicas, sin trascendencia o sentido práctico, por interesantes que sean de suyo. (CSJ SC de 15. Sep. 1943, G.J. t. LVI, pág. 125, reiterada en SC de 19 jul. 1949, G.J. t. LXVI, pág. 351 y SC de 21 may. 1968, G.J. t. CXXIV, págs. 167 y 168).

Evocando esos anteriores fallos, recientemente la Corte recordó que ante la omisión legislativa aludida, esta Colegiatura la examina a manera de causa anulatoria, exponiendo que «... la Corporación de vieja data en distintos pronunciamientos ha concebido que la teoría de la inexistencia, cuyos diversos matices vienen expuestos, es una categoría jurídica desconocida en el interior del Código Civil, motivo por el cual tales aspectos los ausculta a la luz de la anulación, como así puede verse en los fallos de 15 de septiembre de 1943 (G. J., t. LVI, pág. 123), 21 de mayo de 1968 (CXXIV, pág. 168), 15 de marzo de 1941 (L, págs. 802-804), entre otros» (CSJ SC de 6 ago. 2010 rad. n° 2002-00189-01).

En consecuencia, según nuestra jurisprudencia en el cuerpo jurídico civilista, no está contemplada la categoría de la inexistencia en los actos jurídicos, sino el concepto de nulidad, por lo que será este el conducto a seguir. (SC13021-2017)

2.1.5.- Como puede verse, si bien en materia mercantil el legislador ha establecido la «inexistencia» de los negocios jurídicos (artículo 898 del Código de Comercio), en materia civil ello no aparece claramente regulado. Empero, por las problemáticas que surgen entre las partes cuando

convencidas de haber concretado en debida forma determinado negocio concurren al cumplimiento total o parcial de las prestaciones derivadas de éste, aun cuando posteriormente establezca que el mismo resultó incompleto, resulta imperativo para la jurisdicción brindar una solución definitiva, acompasada con la normatividad que regula las problemáticas contractuales, habida cuenta que si conforme se ha expresado la inexistencia equivale a “*la nada*” o “*no realidad*” y, por tanto, al no existir un acto jurídico, prima facie, no se requiere declaración judicial que así lo determine, en tales supuestos es posible calificar la pretensa inexistencia como el máximo grado de invalidez de un negocio que justifica la intervención de la jurisdicción.

Justamente, el artículo 1741 del C.C. enseña que «*la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas*». Como se ve, esta disposición en materia civil fija con exactitud la consecuencia de que en la celebración de un negocio se incurra en este tipo de omisiones, no es otra que la nulidad absoluta.

En ese orden, se tiene que si en la regulación del fideicomiso la determinación de la condición a que queda sometida la restitución es un elemento “*para el valor mismo del acto o contrato según su especie...*” – art. 1741CC-, la omisión de tal exigencia genera la nulidad absoluta del negocio, por falta

de un requisito de validez y no de existencia. Pues en este particular caso concurren los sujetos idóneos – fideicomitente, fiduciario, beneficiario –, se atendió la forma y, el contenido atiende los elementos esenciales del fideicomiso para la constitución de la propiedad fiduciaria – art. 794 CC-. La convergencia de estos presupuestos da cuenta de su realidad material y estructura los de existencia, con la observancia de que la única “*condición de existencia*” establecida por el legislador para esta forma de propiedad, lo es la del fideicomisario “*a la época de la restitución*” – arts. 794 y 799 CC - más no para el nacimiento del negocio de fideicomiso.

2.2.- Por lo anterior, estimo que no hay lugar a abrir paso a una declaración de inexistencia del negocio como se determinó en la decisión mayoritaria. Insisto, la no correspondencia en este asunto de lo previsto por la fideicomitente como “*condición*” para la traslación de la propiedad a la beneficiaria, no puede ser extendida a la “*no realidad*” del fideicomiso civil. Además porque así no lo establece el legislador en la regulación de esta institución que, ampliamente refiere la sentencia de cuya aclaración me ocupo.

3.- Lo anterior me lleva al cuestionamiento procedimental.

El proceso civil está enmarcado dentro del principio

dispositivo, de suerte que la competencia se encuentra restringida, en principio, a los temas propuestos por las partes y de ser el caso a aquellos específicos que el legislador autoriza abordar de oficio, sin que el recurso de casación sea una excepción a esas restricciones, máxime cuando este no constituye una instancia adicional para persistir en el debate del aspecto fáctico de la controversia (*thema decidendum*), pues su finalidad es evaluar la legalidad de la decisión confutada (*thema decissus*), con miras a evidenciar la ocurrencia o no de los yerros denunciados que conlleven al eventual quiebre de la sentencia proferida.

En el presente asunto, el demandante acudió a la jurisdicción instando como pretensión principal que el fideicomiso contenido en la escritura pública 1139 de 2 de agosto de 2019, otorgada por Marina Joya de Fonseca ante la Notaría Primera de Tunja, equivale a una donación fideicomisaria; acto que, por no estar precedido de insinuación notarial, es absolutamente nulo y como pretensiones primera y segunda subsidiarias pidió declarar que dicho negocio jurídico es nulo, por no contener las condiciones esenciales de validez, y que el mentado fideicomiso civil es relativamente simulado, por la naturaleza del acto.

El juzgador de primera instancia declaró probada la excepción de ausencia de nulidad de la escritura pública No. 1139 otorgada el 2 de agosto de 2019, en la Notaría Primera

del Círculo de Tunja. En consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

El *ad quem*, al desatar la apelación revocó aquella determinación y en su lugar dispuso «*declarar la nulidad del acto de disposición*» que recoge de la mentada escritura al igual que el acto de fideicomiso que allí se contiene, tanto el relacionado con el inmueble El Alisal, como de los demás bienes inmuebles y muebles allí determinados, la cancelación del instrumento público y de su registro y, consecuentemente, la restitución de los bienes al patrimonio de la constituyente y al pago de frutos.

Frente a lo así decidido se interpuso el recurso de casación que en esta oportunidad se estudia coligiendo que, aun cuando el tribunal interpretó indebidamente el artículo 807 del C.C. -respecto a la existencia del fiduciario- su equivocación es intrascendente, porque no se satisfizo adecuadamente el requisito esencial de fijar la condición para la restitución por haberse limitado a señalar que era el fallecimiento de la constituyente.

No obstante, se califica el acto de inexistente, lo que equivale a decir que no produce efecto alguno, pero acudiendo a la equidad se aplica el artículo 1746 del C.C., «*para dejar las cosas en el estado anterior*», es decir, retrotrae los efectos que el acto inexistente ocasionó, lo que resulta un contrasentido, habida cuenta que de avalarse la tesis de la

inexistencia no surgirían derechos u obligaciones derivados de dicho acto, motivo por el cual escasamente de haberse atendido cualquiera de las prestaciones que del particular asunto estaban llamadas a cumplirse, estas quedarían en el ámbito de las obligaciones meramente naturales.

Pero sobre todo, en la ponencia se indica que:

«los yerros advertidos resultan intrascendentes, porque si se ubicara la Corte en sede de instancia, igualmente tendría que revocar el fallo de primer orden, pero por razones distintas a las que planteó el Tribunal; concretamente por la inexistencia del comentado fideicomiso civil, que si bien, junto con la nulidad, constituye una forma de ineficacia genérica del acto o contrato, lo cierto es que con su reconocimiento se persigue, en últimas, el mismo resultado buscado con la invalidación, al menos en lo concerniente a las repercusiones de su declaratoria (CSJ SC10097-2015), esto es, que la correspondiente manifestación de voluntad no produjo efectos jurídicos, y, consiguientemente -si ha habido inicios de ejecución del acto calificado de inexistente-, disponer que las cosas vuelvan al estado anterior, ordenándose las restituciones mutuas a que haya lugar; como fue resuelto en el presente caso, y, por ende, esas consecuencias ex tunc (desde siempre) ex nunc (desde ahora) habrían de mantenerse, porque el acto inexistente objeto de este litigio fue ejecutado como un fideicomiso, sin serlo».

Creo que la Corte Suprema, como tribunal de casación es juez de la sentencia y con la determinación prohijada, pese a NO CASAR se está, si se quiere, en sede extraordinaria modificando la decisión del tribunal, cuando lo regular en esta oportunidad es únicamente analizar los cargos y *«si se acoge cualquiera otra de las causales, la Corte casará la sentencia recurrida y dictará la que debe reemplazarla»* (336 C.G.P.),), de suerte que la declaración de inexistencia prohijada en la

ponencia que no casó el fallo impugnado se aparta de la técnica casacional, en razón al cambio o modificación del decreto de nulidad absoluta del juez de segunda instancia por el de inexistencia en casación.

Siguiese entonces, de un lado la diferenciación planteada en esta sentencia entre inexistencia y nulidad absoluta termina siendo innecesaria, pues en últimas se utiliza como sinónimo, porque le confiere a una y otra figura los mismos efectos en cuanto a las restituciones entre las partes; y por otro, se aleja del rigor técnico de la súplica extraordinaria, ya que pese a no casar modifica la determinación del colegiado, que fue congruente con lo solicitado en la demanda.

4.- En los términos precedentes, con el debido respeto, aclaro mi voto.

Fecha ut supra,

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n° 15001-31-53-004-2020-00085-01

Aunque comparto la decisión de la Sala de no casar la sentencia del Tribunal, no ocurre lo mismo con la principal motivación, toda vez que considero que el asunto no debió ser abordado desde la perspectiva de *inexistencia* del fideicomiso, sino desde el enfoque tradicional de *nulidad absoluta*.

Al respecto, debe observarse que la figura de la inexistencia solo tiene cabida restrictiva en el ordenamiento jurídico patrio, en tanto no tiene consagración expresa, mientras que la nulidad absoluta se encuentra contemplada en el artículo 1741 y subsiguientes del Código Civil.

En ese sentido, múltiples pronunciamientos de la Corte frente a variedad de negocios jurídicos prohíjan la aplicación de esta última figura, mientras que son escasos los que reconocen la relacionada con la inexistencia³⁹.

Por otra parte, el reconocimiento de la nulidad absoluta permite aplicar sin duda ni restricciones el claro régimen sustantivo que le es propio, en particular en lo relacionado con las restituciones, la legitimación para pedirla y la

39 SC4428-2018, SC2468-2018, SC3642-2019, SC5232-2019, SC4063-2020, SC5231-2020, SC002-2021.

posibilidad de declararla de oficio cuando se dan las circunstancias legales, lo cual redundaría en beneficio del principio de seguridad jurídica. En cambio, al carecer la inexistencia de un marco legal, obliga a acudir a interpretaciones extensivas o argumentaciones complementarias para llegar al mismo resultado.

Ya en el caso concreto, la falta de una condición válida, de bilateralidad, de transferencia del dominio y de fiduciario encajan en la disposición que prevé que “[s]on nulos *absolutamente los actos y contratos que contravienen una norma imperativa de la ley, o que carecen de alguno de los requisitos esenciales para su formación*”. Además, como mediante la escritura pública n.º 1139 de 2 de agosto de 2019 Marina Joya de Fonseca expresó su *voluntad* de establecer el fideicomiso civil, designando como *beneficiarios* a Eliana y Alberto Fonseca Joya, el cual tuvo por *objeto* los bienes muebles e inmuebles allí determinados y nombró una *administradora* (la propia constituyente), es claro que el acto fue celebrado formalmente, aunque adolecía de vicios que lo hacían inválido.

Lo dicho se refuerza por el hecho de que en el fallo que acompaño se dice que “...*la ineficacia es predicable del acto o contrato que no produce efectos jurídicos; fenómeno que – para lo que aquí interesa– comprende la inexistencia y la nulidad; reconociéndose la primera si la manifestación de voluntad, unilateral o bilateral, ‘no alcanza a nacer a la vida*

jurídica por faltarle una condición esencial’; mientras que la segunda se declara si dicha expresión volitiva, ‘por causa de un defecto no es apta para producir ningún tipo de consecuencias jurídicas. Tal producción de consecuencias le es negada definitivamente y se considera el contrato, a este aspecto, como no realizado’”; sin embargo, para sustentar la inexistencia que se pregona, se cita, entre otras normas, el artículo 1501 del Código Civil en cuanto prescribe que “[s]on de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente”, lo cual parece más alineado con lo que previamente se ha dicho sobre la nulidad.

Finalmente, la irrelevancia de la aplicación del concepto de inexistencia, no regulado, frente al de nulidad absoluta, de amplia previsión legal y desarrollo jurisprudencial, se remarca al advertir que, aunque se sostiene que la primera calificación jurídica es la correcta, el resultado final no varía y, por ello, no se casa la sentencia; es decir, se mantuvieron las órdenes de cancelar la escritura y su registro inmobiliario y los actos derivados, así como la restitución de los bienes fideicomitidos a favor de la sucesión de Marina Joya de Fonseca y la condena al pago de frutos.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado

Firmado electrónicamente por:

Hilda González Neira
Presidenta de la Sala
Aclaración de voto

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Magistrada

Fernando Augusto Jiménez Valderrama
Magistrado

Adriana Consuelo López Martínez
Magistrada

Juan Carlos Sosa Londoño
Magistrado

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado
Aclaración de voto

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 7BEB606FEBAF8FC2117FEA88B38A28172F7DA10942210B79218761ACBA6028AC

Documento generado en 2025-12-03