

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Magistrado Ponente Iván Darío Zuluaga Cardona

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proceso	Ordinario
Demandante	Olga Cecilia Salamanca García
Demandado	César Alonso Castellanos Torres Humberto Hernández Roa Yolanda del Carmen López Bernal Cristóbal Rodríguez Caicedo Construcciones e Inversiones AMC S. A.
Radicado	11 001 31 03 034 2010 00562 04
Instancia	Segunda – <i>apelación de sentencia</i> –
Procedente	Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá
Fecha	26 de abril de 2021
Decisión	Revoca parcialmente
Apelante	Demandante

Proyecto discutido en salas del 15, 22 y 29 de septiembre de 2021

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 26 de abril de 2021, proferida por el Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto en referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Olga Cecilia Salamanca García presentó demanda en contra de César Alonso Castellanos Torres, Humberto Hernández Roa, Yolanda del Carmen López Bernal, Cristóbal Rodríguez Caicedo y Construcciones e Inversiones AMC S. A., con las siguientes pretensiones:

1.1. Principales: *i)* Declarar la nulidad absoluta de la estipulación de los consortes Cesar Alonso Castellanos Torres y Olga Cecilia Salamanca García, relacionada con la No afectación a vivienda familiar de la casa de habitación No. 265 del Conjunto Residencial del Monte AG-3, (...) ubicado en la calle 170 No. 68-73 hoy calle 169 B No. 75-73 de la ciudad de Bogotá, contenida en el contrato de compraventa celebrado entre Humberto Hernández Roa y Yolanda del Carmen López Bernal como vendedores, y Cesar Alonso Castellanos Torres como comprador, según consta en la E. P. No.5443 del 15 de noviembre de 2007, otorgada en la Notaría 63 de Bogotá, en razón de la adulteración que sobre ese particular sufrieron los textos notariales.

En consecuencia, ordenar la modificación en dicho instrumento público, en el sentido de consignar lo verdaderamente expresado, esto es que sometieron ese inmueble al régimen de afectación a vivienda familiar, y se expida la correspondiente copia a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, zona norte, para que sea inscrita en el Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 50N-20390588.

ii) Declarar la nulidad absoluta del contrato de hipoteca abierta de cuantía indeterminada, constituida por Cesar Alonso Castellanos Torres, mediante E. P. No. 5444 del 16 de noviembre de 2007 de la Notaría 63 de Bogotá, en favor de Construcciones e Inversiones A. M. C. S. A. sobre el mismo inmueble, por transgresión del artículo 3 de la Ley 258 de 1996, esto es por ausencia de consentimiento de Olga Cecilia Salamanca García.

iii) Declarar la nulidad absoluta del contrato de dación en pago celebrado entre Cesar Alonso Castellanos Torres como deudor y Construcciones e Inversiones A. M. C S. A., acreedora, del 23 de agosto de 2010, mediante E. P. No. 1443 de la Notaría 63 de Bogotá inscrita en el mismo folio de matrícula inmobiliaria con autorización del Juez 6 Civil del Circuito de Bogotá por transgresión de dicha regla.

iv) Declarar que Cesar Alonso Castellanos ocultó o distrajo dolosamente del haber de su sociedad conyugal el mentado inmueble, y sea condenado a perder su porción conyugal quedando obligado a restituirlo doblado como lo prevé el artículo 1824 del Código Civil.

v) Ordenar a la sociedad demandada que restituya el citado inmueble a Cesar Alonso Castellanos Torres o a Olga Cecilia Salamanca García, Junto con sus correspondientes frutos civiles y naturales que percibió o se pudieron percibir con mediana diligencia hasta el día de la entrega.

1.2. **Subsidiarias:** i) Declarar la **simulación relativa** de la estipulación “*otrora efectuada por el comprador Cesar Alonso Castellanos Torres y su consorte Olga Cecilia Salamanca García relacionada con el No sometimiento al régimen de afectación a vivienda familiar del inmueble objeto de compraventa contenida en la E. P. No. 5443 del 15 de noviembre de 2007, otorgada en la Notaría 63 del Circuito de Bogotá*”, *negocio jurídico en el que los demandados Humberto Hernández Roa y Yolanda del Carmen López Bernal, fungieron como vendedores*” de dicho apartamento, “*como quiera que la real y cierta voluntad de tales declarantes fue todo lo contrario, esto es, el querer someter tal inmueble a dicho régimen*”.

ii) Declarar que la estipulación cierta y real que esos consortes convinieron fue la de afectación a vivienda familiar, razón por la que debe ordenarse la modificación de esa manifestación en dicho instrumento público.

iii) Declarar la simulación absoluta de la hipoteca abierta y de cuantía indeterminada que Cesar Alonso Castellanos Torres constituyó mediante E. P. No. 5444 del 15 de noviembre de 2007, otorgada en la Notaría 63 de Bogotá, en favor de la sociedad Construcciones e Inversiones A. M. C. S. A., sobre el referido inmueble, en razón de la inexistencia de los créditos garantizados con este gravamen.

iv) Declarar la simulación absoluta del contrato de dación en pago celebrada entre Cesar Alonso Castellanos Torres y Construcciones e Inversiones A. M. C. S. A., mediante E. P. No. 1.443 del 23 de agosto de 2010, de la misma Notaría, dada la inexistencia de los créditos que se pretendieron pagar con el traspaso del dominio de dicho inmueble.

v) Declarar que Cesar Alonso Castellanos Torres por fingir dicha hipoteca y dación en pago, ocultó o distrajo dolosamente del haber de su sociedad conyugal el inmueble señalado y sea condenado a perder su porción quedando obligado a restituirlo doblado de conformidad con el artículo 1824 del Código Civil.

vi) Ordenar a la sociedad convocada que restituya real y materialmente el aludido inmueble, junto con sus correspondientes frutos civiles y naturales, que está percibió o pudo haber percibido con mediana diligencia hasta el día en que se produzca.

vii) *”Declarar la simulación absoluta de la cesión que realizó Cesar Alonso Castellanos Torres a favor de Cristóbal Rodríguez Caicedo de las 28.500 acciones que poseía en la sociedad Construcciones e Inversiones AMC S. A. (...), inscrita en el libro oficial de accionistas de esa Compañía, el día 23 de enero de 2009, como quiera que ese negocio jurídico no fue real, ni cierto, ni esa fue la verdadera intención del cedente, ni del cesionario, ni tampoco éste le satisfizo el pago del precio que le correspondía”.*

viii) *Declarar que el señor Cesar Alonso Castellanos Torres, al haber simulado en forma absoluta la referida cesión de las 28.500 acciones, las ocultó o distrajo dolosamente del haber de su sociedad conyugal, razón por la cual se condene a perder su porción en ellas, quedando obligado a restituirlas dobladas en su valor real o comercial a su consorte Olga Cecilia Salamanca García, como lo prevé el artículo 1824 del Código Civil”.*

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. El 2 de junio de 2006, mediante E. P. No. 2.392 de la Notaría 53 de Bogotá, Olga Cecilia Salamanca García contrajo matrimonio con Cesar Alonso Castellanos Torres.

2.2. César Alonso Castellanos Torres mediante E. P. No. 5.443 del 15 de noviembre de 2007 de la Notaría 63 de Bogotá, adquirió el inmueble ubicado en la calle 170 No. 68-73 hoy calle 169B No. 75-73 de Bogotá, con derechos exclusivos para el uso de los garajes Nos. 529 y 530 para destinarlo a vivienda, efecto para el que Olga Cecilia Salamanca García también suscribió el referido instrumento, en el que ambos consortes manifestaron su voluntad de sometimiento al régimen de afectación a vivienda familiar.

2.3. El señor César en la misma fecha y Notaría, mediante E. P. No. 5444 del 15 de noviembre de 2007, constituyó sobre el mismo inmueble hipoteca abierta en cuantía indeterminada en favor de Construcciones e Inversiones AMC S. A, sin

que la señora Olga hubiese expresado su consentimiento, transgrediendo la exigencia legal de doble firma prevista en el artículo 3° de la Ley 258 de 1996.

2.4. Dichos instrumentos públicos resultaron adulterados precisamente en aquellos apartes en los que se había hecho constar la afectación de ese inmueble a dicho Régimen, no solo mediante el cambio de sus hojas, sino en cuanto a la real, cierta y verdadera manifestación que se había hecho, apareciendo que el inmueble no fue afectado.

2.5. Si el inmueble quedó afectado a vivienda familiar en la compraventa, la hipoteca quedó viciada de nulidad absoluta, si la actora hubiese firmado no se estructuraría el vicio contractual, como eso no ocurrió no quedó otro camino que alterar el texto de la compraventa con respecto a la afectación a vivienda familiar, sin que hubiese necesidad de alterar el segundo contrato.

2.6. A mediados de 2008, se intensificaron los conflictos de pareja, mientras la actora estaba embarazada se vio compelida a irse a casa de su padre, en atención a amenazas de su consorte bajo el influjo de alcohol, y ante la necesidad de protegerse junto con el niño que estaba por nacer, e instauró demanda de divorcio ante el Juzgado 2 de Familia, Rdo. 2008-1147.

2.7. Una vez se tuvo conocimiento de la inscripción de embargo en el mencionado inmueble el 18 de diciembre de 2008, se procedió a implementar fraude a la sociedad conyugal, fue confeccionada el Acta No. 7 de Asamblea de Propietarios de Construcciones e Inversiones AMC S. A. del 23 de enero de 2009, se consignó haber leído carta suscrita el 28 de diciembre de 2008 por el accionista Cesar Alonso Castellanos Torres.

En ese escrito dijo enajenar el total de sus acciones (28.500) por valor nominal previo agotamiento del derecho de preferencia, y sino que se autorizara la venta a Cristóbal Rodríguez Castellanos Torres, amigo de toda su vida, misma que fue aprobada, se incluyó el nuevo accionista quien adquirió en \$28.500.000 y el mismo día se procedió a inscribir la correspondiente cesión.

Ese negocio fue fingido, nunca se tuvo ánimo de comprar, tampoco se pagó el precio calculado en el valor nominal que entre otras cosas dista del comercial, no existió desembolso, tampoco ingreso para el vendedor, con lo que se buscaba distraer del patrimonio social esas acciones mientras se liquidaba la sociedad conyugal.

2.8. Se solicitó el embargo de acciones, se decretó mediante auto del 19 de agosto de 2009, y se libró oficio del 2 de septiembre de la misma anualidad, la madre de Cesar Castellanos, gerente y representante legal de dicha sociedad, contestó que no era posible dar cumplimiento.

Lo anterior porque el señor Cesar no tenía la calidad de accionista, evitando que fueran parte de los gananciales como quiera que tenía calidad de socio desde el 2005, y cuando contrajo matrimonio en el 2005 ingresaron al haber insoluto de la sociedad conyugal.

2.9. Practicado el secuestro de la casa por parte del Juzgado de Familia, la mentada sociedad acudió ante el Juez Civil del Circuito, formuló demanda ejecutiva hipotecaria contra Cesar Castellanos, y por intermedio de abogada a quien se endosaron tres letras de cambio creadas el 15 de noviembre de 2007 (fecha de la compraventa), por valor de \$50.000.000, \$60.000.000 y \$50.000.000, y pasado un año del vencimiento del último título valor.

En ese juicio se presentó copia de la referida E. P. No. 5444 del 15 de noviembre de 2007 de la Notaría 63 de Bogotá, y que fue adulterada en lo relacionado con la afectación a vivienda familiar, no coincide con el original que reposa en la mentada Notaría, pero sí con la copia que sirvió de fundamento a la inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte.

2.10. En ese proceso se libró mandamiento de pago el 24 de noviembre de 2009 y solo fue hasta el 4 de junio de 2010, cuando se notificó al demandado sin que se hubiese librado la citación, indicio de contubernio, sumado al absoluto silencio en el término de traslado, se obtuvo sentencia el 22 de junio de 2010, sin objeción a la liquidación del crédito que fue aprobada en providencia del 26 de julio siguiente.

2.11. Se efectuó dación en pago que llevó a la sustracción de la totalidad de la casa, a un total de \$257.000.000 y con un acomodado avalúo de \$230.513.818 para mostrar equivalencia entre la deuda y el valor de bien hipotecado, solicitando 3 días después de su otorgamiento autorización ante el juez para inscribir E. P. No.1443 de 2010 de la Notaría 63 de Bogotá.

2. Posición de la parte pasiva.

Los demandados se opusieron a las pretensiones. Formularon las siguientes excepciones:

2.1. Cristóbal Rodríguez Caicedo, Construcciones e Inversiones AMC S. A. y Cesar Alonso Castellanos Torres. Solicitaron declarar de oficio cualquier circunstancia o hecho que resulte probada durante el proceso.

2.2. Humberto Hernández Roa y Yolanda del Carmen López Bernal. Alegaron *“falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a mis poderdantes”*. Actuaron como vendedores del bien, sin que las pretensiones puedan afectarlos o vincularlos.

4. La Sentencia de primera instancia

El Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de mérito denominada *“genérica -innominada”, planteada por los demandados Cesar Alonso Castellanos Torres, Cristóbal Rodríguez Caicedo y Construcciones e Inversiones AMC S. A.”* negó las pretensiones de la demanda, levantó las medidas cautelares decretadas y condenó en costas a los demandantes.

4.1. Para el efecto sostuvo, tanto la parte demandante como demandada detentan interés jurídico en el presente asunto.

Olga Salamanca García participó en la E. P. No. 5443 del 15 de noviembre de 2007 de la Notaría 63 de Bogotá, época en que se encontraba vigente el vínculo conyugal con Cesar Alonso Castellanos Torres quien es el comprador. Humberto Hernández Roa y Yolanda del Carmen López Bernal, vendedores, como Construcciones e Inversiones AMC S. A., debido a que en la actualidad es quien

detenta el derecho real de dominio sobre el inmueble, y Cristóbal Rodríguez participó de otro de los negocios demandados.

Con respecto a objeto ilícito en la E. P. No. 5443 del 15 de noviembre de 2007 de la Notaría 63 de Bogotá, su objeto es el propio de una compraventa, no contraviene el derecho público de la nación, el inmueble no estaba fuera del comercio, no se trataba de bien inalienable por cuenta de disposición legal, tampoco embargado por orden judicial ni se trata de contrato prohibido por ley.

En lo que tiene que ver con la causa del negocio, el móvil contractual no fue exteriorizado por las partes, no se logra advertir causa ilícita. En relación con la ausencia de requisito o formalidad en los casos que la ley exige, según la mentada escritura dicho inmueble no quedó afectado a vivienda familiar por voluntad de los esposos, situación que se entiende corroborada con la firma que cada uno de ellos dejó consignada en la referida escritura pública.

La demandante afirma que su voluntad fue lo contrario, Olga Salamanca y Yolanda López, fueron contestes en afirmar que la escritura pública decía que el bien había quedado con afectación a vivienda familiar, por su parte Cesar Castellanos indicó lo contrario y que fue de mutuo acuerdo con su entonces cónyuge, razón por la que fue necesario que asistiera a firmar el documento público.

4.2. Según el testimonio de Victoria Consuelo Saavedra Saavedra quien en ese entonces era la Notaria, manifestó que la elaboración de la escritura pública cumplió con todas las exigencias legales, fue voluntad de los compradores no afectar el inmueble y de la revisión física del instrumento público concluyó que no había sido adulterada porque el cierre no había sido borrado, y que puede dar el caso de saltarse el consecutivo.

De conformidad con las experticias grafológicas, una elaborada por Jorge Arcenio Prado Branco, se concluyó que en ambas escrituras, existen diferencias en los consecutivos de papel notarial, tales como tipo de letra y que fueron adulteradas.

Sin embargo, en el contenido no encontró enmendaduras, tachones u otro semejante que atestigüe haberse modificado en su contenido, presentan correspondencia en los concerniente a la afectación de vivienda familiar, y son idénticas las que reposan en el archivo de la Notaría y en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

El grafólogo Carlos Néstor Rosas Beltrán conceptuó que no aprecia adulteración en las escrituras públicas, solo supresión de dígitos que hacen parte de la numeración de los folios y concluyó que no se halló ningún tipo de adulteración, borrado mecánico o químico que indiquen la manipulación de la información.

Según el dictamen de Luis Alfredo Archila Báez, en dichos documentos públicos no se encontró ningún tipo de alteración, borrado mecánico o químico que indiquen la manipulación tendiente a cambiar la información suscrita.

El grafólogo Oscar Fajardo Guzmán dijo que la E. P. No. 5443 de 2007, no fue adulterada, aunque presenta inconsistencias, son idénticas, no fue alterada la escritura pública, es igual en contenido. Tiene 5 inconsistencias 1º en la página 1 y 2, no numeración acorde, hoja 13 y dorso 14, tamaño disímil de letra, posiblemente pudo ser cambiada, en la penúltima hoja de la escritura donde aparece el texto para la firma de Olga Salamanca García y la Cédula fueron a máquina, fueron puestos en un momento posterior, no tienen un orden lógico de los comparecientes.

Con respecto a la E. P. No. 5444 de 2007, concluyó que efectivamente fue adulterada, hay inconsistencias entre el documento que reposa en la Notaría y en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, el contenido sustancial es diferente, parece que en la hoja 15 fue cambiado el guarismo de identificación, el contenido es el mismo, pero se agregó palabras, y no se identifica el valor, la citada página no termina con la expresión “no se encuentra afectado a vivienda familiar”.

Se concluye entonces respecto de la E. P. No. 5443 del 15 de noviembre de 2007, que reposa en el archivo de la Notaría 63 de Bogotá que es la misma que está en el archivo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, en forma alguna pueden ser concluyentes para afirmar que la voluntad de los

intervinientes realmente fue afectar a vivienda familiar el inmueble objeto de la compraventa, cuando en una y otra se hizo constancia de no someter a esa afectación, razón por la que no existe causal de nulidad.

La E. P. No. 5444 del 15 de noviembre de 2007, teniendo en cuenta que el predio objeto de gravamen no fue constituido con afectación a vivienda familiar, se puede deducir que no se cambió el objeto de esa escritura, fue suscrita por su único propietario, dado que no se encuentra diferencia esencial entre lo plasmado en los instrumentos públicos que reposan en dichas oficinas, dando lugar a negar la declaratoria de nulidad absoluta.

4.3. Tampoco existe prueba de falsedad de las firmas impuestas en esos documentos, entonces la voluntad explícita fue no afectar el inmueble a vivienda familiar.

No era necesario que la demandante acudiera a firmar la constitución de hipoteca, revistiendo de legalidad lo que se derivó de ese acto jurídico como lo fue la dación en pago contenida en la E. P. No. 1443 del 23 de agosto de 2010 de la misma Notaría, tenida en cuenta por el Juzgado 6 Civil del Circuito de Bogotá, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de una obligación, sobre un mutuo que realmente existió.

El vicio alegado consiste en diferencias en los consecutivos de foliación y discrepancias de redacción entre escrituras son de aquellos que dan lugar a una nulidad relativa, situación que releva al despacho de su estudio.

4.4. No es posible acceder a la simulación relativa, es la misma accionante quien manifestó que no tenía dinero alguno para adquirir el inmueble objeto de litigio y que desconocía si el esposo podía adquirirlo, además que fue benevolencia o voluntad de sus suegros.

No se puede tener por cierto acuerdo entre Cesar Castellano y la sociedad convocada para cubrir el verdadero contenido de lo pactado entre las partes, el negocio jurídico existió, tampoco se demostró la intención de los demandantes de

afectar el inmueble a vivienda familiar, dada la falta de prueba de realidad diferente a la pactada en el instrumento público.

Si el verdadero querer de la actora hubiese sido afectación a vivienda familiar había ocurrido sin su comparecencia, tornado en inoficiosa su firma con la voluntad de constituirla, no se pudo demostrar adulteración en el sentido de haber consignado y posteriormente registrado una voluntad diferente, dando lugar a negar la simulación relativa del negocio jurídico.

4.5. Con respecto a la simulación absoluta de la hipoteca se acreditó el préstamo del valor del inmueble, este fue la garantía que tenía la sociedad convocada para respaldar el mutuo comprobado mediante documentos que no fueron desconocidos tampoco tachados de falsos.

Se demostró que al señor Castellanos se prestaron \$100.000.000 y \$45.000.000, con comprobantes de egreso, con registro contable en cuentas por cobrar a socios, y el libro oficial mayor balances que fueron por la época de la negociación y compra del inmueble en contienda, situaciones que fueron corroboradas con las declaraciones de Edith Marlen Torres Garzón y Martha Yaned Guarnizo Navarro.

Los cónyuges no tenían dinero para comprar el inmueble, el cual fue suministrado por sus suegros, socios de la sociedad que prestó el dinero, proporcionado a Cesar Alonso Castellanos Torres, *“persona jurídica que canceló dicho inmueble, pero con ocasión al varias veces señalado mutuo”*, no cabe duda que el contenido del instrumento público es cierto.

4.6. En lo relativo a la simulación absoluta de la dación en pago contenida en la E. P. No.1443 del 23 de agosto de 2010 de la Notaría 63 de Bogotá, constatado el préstamo era lógico cobrar el crédito.

4.7. En relación con la simulación absoluta del paquete accionario, se evidencia que una vez que Cesar Castellanos ofreció a los accionistas las 28.500 acciones de que era titular, y ante la falta de interés de estos y de la misma sociedad se autorizó venderlos en favor de Cristóbal Rodríguez Caicedo, y se registraron en el libro de

accionistas a nombre de este último, además el valor pagado fue el nominativo de la época de \$28.500.000.

No se puede decir que el comprador no tenía capacidad económica para la adquisición ya que se aportó declaración de renta del 2009 en la que se evidencia que para esa época tuvo ingreso de \$6.099.453.000 y un patrimonio líquido de \$1.313.458.000, además reposa extracto bancario con un depósito final de \$296.226.096 lo que demuestra su solvencia para la compra.

Martha Yaned Guarnizo Navarro, como contadora de la persona jurídico-convocada refirió constarle que el último es el dueño de las acciones desde enero de 2009, el valor por las que las adquirió, desde esa fecha asiste a reuniones de socios, realiza actos como socios, circunstancias que fueron reafirmadas por Luz Esperanza Beltrán Garzón.

No es de recibo que el valor de la venta de las acciones difiera sustancialmente con el comercial, si bien el valor tributario es de \$600.000.000, según declaración de renta del año 2010, este corresponde al total de las acciones de la sociedad y no exclusivamente las vendidas, sin que sea ilegal venderlas por valor nominal.

Existe diferencia entre lo declarado por Cristóbal Rodríguez Caicedo con lo plasmado en el acta No. 007 del 23 de enero de 2009, en cuanto no haber estado presente como invitado el día en que se autorizó la venta de acciones, sin embargo, como esta no fue desconocida, tampoco tachada de falsa tiene pleno valor probatorio su contenido, a excepción a la comparecencia del primero.

No se evidencia que entre Cesar Castellano y Cristóbal Rodríguez hubiesen tenido la voluntad de simular el negocio jurídico, es claro que el uso y goce de las acciones pasó a manos del comprador, y que desde ese momento ejerció como propietario sin que se hubiese demostrado que el primero siguiera desplegando actos de socio.

No se demostró de una posible concertación entre las personas que participaron de la compraventa tanto del inmueble como de las acciones, la

hipoteca y la dación en pago con el fin de fingir un acto jurídico, sin efecto entre los mismos.

5. Recurso de apelación.

Inconforme con esa determinación la parte actora presentó recurso de alzada. Los argumentos sustentados en segunda instancia son los siguientes:

5.1. De la nulidad absoluta.

5.1.1. El fundamento invocado para que se decretaran las nulidades absolutas fueron las adulteraciones que se hicieron en ambas escrituras, respecto del referido gravamen, mediante el cambio de hojas notariales por nuevos folios en los que se consignó la espuria “*no afectación a vivienda familiar*” que por el mecanismo usado en algunas experticias no se evidencian.

5.1.2. Se excluyeron los dictámenes de Jorge Arcenio Prado Brando, Oscar Fajardo Guzmán, y Gerardo Alberto Ardila Gómez, se desvanecieron sus conclusiones confrontándolas con textos que efectivamente fueron adulterados. Un quinto dictamen emitido por el perito de la Policía Nacional, encontró algunas tachaduras y borrones en la numeración de ambas escrituras justo en las hojas subsiguientes a aquellas con las cuales se reemplazaron las sustraídas.

5.1.3. En el expediente obran dos textos distintos de la E. P. No. 5544 de 2007, no se analizó la forma exacta como ocurrió, donde ocurrió, la actitud del notario frente a la misma en el testimonio que rindió en este proceso, implicaciones o conexiones frente a las primeras alteraciones.

5.1.4. A pesar de haberse decretado como prueba de oficio el expediente penal, se ignoró todas las pruebas que tenían incidencia en el sentido del fallo, la actualización de las resultas del proceso penal que daba cuenta de adición de la acusación contra Cesar Alonso Castellanos y Edith Marlen Torres Garzón.

5.1.5. No se ponderó el hecho de constar los dos negocios jurídicos en escritura separada, de donde puede inferirse que el motivo fue ocultar a Olga Cecilia Salamanca.

5.1.6. El inmueble quedó afectado a vivienda familiar, en la hipoteca se señaló la existencia de ese gravamen, se previó la comparecencia de la consorte para que autorizara.

5.1.7. Según la Notaría tomó la firma en el texto de la escritura de compraventa el día siguiente, y no el anterior como habría sido normal si se hubiese previsto la no afectación a vivienda familiar.

5.1.8. El nombre de Olga fue puesto en diferente momento, su intervención y firma no fue prevista, lo normal era que se hubiese escrito su nombre en impresora, situaciones que permiten inferir que primigeniamente el inmueble fue afectado a vivienda familiar, como quiera que en tal evento legalmente no se exige comparecencia y firma de la cónyuge.

5.1.9. Si en verdad, primigeniamente el inmueble no hubiese sido afectado a vivienda familiar, se habría previsto la comparecencia y firma de la consorte en el sitio correcto y antefirma y datos mediante impresora, al igual que el resto de las personas que actuaron, así no hubiese acudido al día siguiente.

5.1.10. Al momento en que se tomó la firma de la demandante constaba la afectación a vivienda familiar como lo dijo la vendedora Yolanda del Carmen López Bernal y mostró a Olga Cecilia Salamanca García.

5.1.11. El orden de las firmas no fue el usual, tampoco el correcto, el sitio donde se puso a máquina los datos de la demandante se ubicó en primer lugar, a pesar de ser un interviniente y no un otorgante, los demás datos fueron puestos en impresora.

5.1.12. Existe prueba documental que devela la existencia de dos textos diferentes de la E. P. de hipoteca, ambos firmados por la misma Notaria, con diferente hoja notarial en las páginas 15 y 17 y texto, se hizo constancia de

enmendado por tachadura o borrado, esta se realizó después de haberse expedido sus copias.

5.1.13. Se reemplazaron las hojas de seguridad en la E. P. No. 5444/07, después de haber expedido copias a los usuarios, para aparentar la legalidad se adulteró el cierre, borrando el número serial de la hoja reemplazando, y reescribiendo en su lugar el número de serial de la nueva hoja de papel.

5.2. De la simulación absoluta de la venta o cesión de acciones

5.2.1. Cristóbal Rodríguez Caicedo declaró no haber asistido a la reunión en la que los accionistas autorizaron la cesión de acciones en su favor, quedó al descubierto que el Acta No. 7 del 23 de enero de 2009, se había insertado su asistencia y su aceptación.

5.2.2. En la diligencia de exhibición de libros y papeles practicada el 11 de julio de 2013, ante el Juzgado 12 Civil del Circuito de Descongestión, se obtuvieron copias de las declaraciones de renta, entre ellas del 2010, en la que equivocadamente a renglón 41, se dice que el capital líquido social era de \$3.342.740.000, significa que el 19% del capital eran \$635.120.600, acontecer que develó descomunal diferencia con el paquete accionario vendido en \$28.500.000.

5.2.3. Falta fecha cierta en todos los documentos anexos en respuesta a al oficio de embargo, todos fueron elaboradas en la misma fecha, con lo que surge la causa simulandi.

5.2.4. La representante legal era la que tenía los libros de registro de accionistas, oportunidad material para confeccionar lo documentos constitutivos de la farsa, todas las pruebas pudieron fingirlas en ese momento.

5.2.5. Cristóbal Rodríguez Caicedo en su declaración dijo haberse diluido su participación accionaria del 19% inicial aun 2.2.%, en razón de los aumentos de capital social.

5.4.6. Se pagó el precio en efectivo, sin que el cesionario tuviera certeza de la autorización de los accionistas.

5.4.7. La representante legal de la sociedad demandada dijo en su interrogatorio que no sabía que se podía adquirir las acciones del señor Torres, demás que el patrimonio de este era su dinero, ya que el firmó una hipoteca que no pudo cumplir y se siguió un proceso para recuperar el inmueble.

5.4.8. Se autorizó venta de las acciones a un extraño al núcleo familiar, a bajo precio, y cuando no era el dinero del señor Cesar, sino de sus padres.

5.4.9. Se omitió valorar las actuaciones judiciales de donde se extrae la causa simulandi que determinó el concierto simulatorio y defraudatorio de los derechos patrimoniales del haber relativo a la sociedad conyugal.

5.4.10. El precio fue irrisorio, el capital líquido de la sociedad ascendía a \$635.120.600.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos en la sustentación de la apelación quedando vedados los temas que no hayan sido debatidos frente al fallo de primera instancia, como lo prevén los artículos 320 y 328 del CGP.

2. Se revocará parcialmente la sentencia atacada. Los puntos de inconformidad imponen acoger las pretensiones principales de nulidad absoluta. Los argumentos que respaldan esta tesis se analizan a continuación.

Previamente se advierte que la actora insistió en esta instancia solo en las pretensiones principales de nulidad absoluta, y en las subsidiarias de simulación absoluta de venta de acciones, por lo que cualquier otro tema queda vedado para su análisis, por la competencia que le asigna al Tribunal la inconformidad sustentada por el apelante.

3. La demandante enrostra yerro a la sentencia confutada, rebate que se demostró que el inmueble objeto de este litigio quedó afectado a vivienda familiar cuyo desconocimiento abre paso a decretar la nulidad absoluta pedida en la demanda.

3.1. En este juicio se practicaron experticias que ponen de manifiesto que fueron alterados los negocios jurídicos contenidos en las E. P. Nos. 5443 y 5444 del 15 de noviembre de 2007 de la Notaría 63 de Bogotá, compraventa e hipoteca, respectivamente sobre la casa 265 y el uso exclusivo de los garajes 529 y 530 del Conjunto Residencial del Monte AG-3, de M. I. No. 50N-20390488.

3.1.1. Se incorporó experticia efectuada por **Jorge Arcenio Prado Brango** quien comparó esos dos instrumentos públicos que reposan en el protocolo de la Notaría 63 de Bogotá con los que se encuentran en el archivo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte (fls. 485 y ss. Cuaderno1).

Con respecto a la escritura pública de compraventa (5443) concluyó que las que reposan en ambos archivos en principio son idénticas. Sin embargo, señaló que presentan inconsistencias en las páginas 1 y 2, 13 y 14, no tienen numeración acorde con las demás, no hay correspondencia entre la primera y última parte dado que al inicio solo se mencionó a las partes del contrato y no a la demandante.

De igual manera, sostuvo que las páginas **13 y 14**, correspondientes a la hoja notarial AA32183574 tiene un tamaño de letra disímil con respecto a las demás hojas, además cada página tiene entre 32 y 34 renglones, pero aquellas tienen 35, situaciones que a su juicio evidencia que la hoja original fue cambiada.

Con respecto a la escritura de hipoteca (5444) que se encuentra en dicha Oficina de Registro no corresponde con la que obra en el protocolo de la Notaría 63 de Bogotá, difiere en el tamaño de la letra en la página 13 y 14, no hay concordancia entre los números de serie, y a partir de la hoja 3 hasta la 11, y de la 15 en adelante los seriales concuerdan.

En la parte superior de la página No. 15, del instrumento que se encuentra en el protocolo de la Notaría hay ausencia del número 5444 que aparece en las demás hojas y en la copia que reposa en la oficina de registro. El tamaño de la letra de la cláusula decimoquinta es visiblemente más pequeño.

En la zona inferior de la página 15 de la copia de la Notaría no existe el texto de *“comprobantes fiscales”* como la que está en registro, sino que está el párrafo que tiene seis renglones, terminando la página con el texto que dice: ***“No se encuentra afectado a vivienda familiar”***.

El dorso de la página 15 del protocolo inicia con el texto *“comprobantes fiscales”*, en cambio en la oficina de registro con *“El (los) siguiente (s) comprobantes que acrediten”*. En la página 17 de la Notaría aparece que la hoja No. 15 se hizo en papel notarial AA-3282698, mientras que en registro se hizo en la AA32182884. De igual manera, en el extendido contiene texto de *“enmendado AA32182698”*, y en la Oficina de Registro figura extendida en la hoja AA321820884, sin texto de enmendado.

En la notaría la misma página inicia con *“cualquiera obligación pendiente sin solucionar total o parcialmente”*, en la oficina de registro con: *“mientras que exista a favor de la acreedora hipotecaria cualquier obligación pendiente sin solucionar total o parcialmente”*. En la última no aparece en la cláusula decima quinta la anotación que dice: *“para dar cumplimiento a lo ordenado en el decreto 1681 del 16 de septiembre de 1996 (...)”*.

En la página No. 17 y dorso de la E. P. No. 5443/07, en la zona para firmas no hay coherencia en el orden de comparecencia, la demandante debió firmar después de César Torres, además fue puesto en momento diferente porque está hecho en máquina de escribir y los demás en impresora.

Concluye el perito que las escrituras fueron adulteradas en las hojas relacionadas con el tema de la afectación al régimen de vivienda familiar. Dice que las páginas 1 y 2 presentan una numeración no acorde con las siguientes, igualmente ocurre con las páginas 13 y 14.

Existe adulteración de la Original de la E. P. 5444 que obra en la Notaría 63 de Bogotá, cotejado con la copia que obra en la Oficina de Registro. La hoja de papel

notarial página 15, no sigue la secuencia numérica, espacio y tipo de letra no es similar en tamaño al utilizado en el resto de hojas.

No se puede identificar la autenticidad de ninguna de ellas, porque en la página 17 en el extendido, cada una señala el papel notarial que corresponde a la página 15, siendo esta última diferente. En el texto del protocolo hay constancia de enmendado que corresponde a la página AA32182698 si vale, lo que permite inferir que fue adulterada por lo menos dos veces.

Vía aclaración refirió que tanto en la página 1 como en la 13 de la E. P. No. 5443, se trata el tema de la afectación a vivienda familiar (fls. 611, página 789).

3.1.2. Con memorial de objeción a esa experticia se trajo el concepto técnico documentológico efectuado sobre esos instrumentos públicos por parte de **Carlos Néstor Rosas Beltrán**. Manifestó que revisó el libro de protocolo tomo número 291 donde están archivadas la escrituras en la Notaría 63 del Círculo de Bogotá (fls. 623 página 801).

Su conclusión es que esos textos no presentan ningún tipo de adulteración en cuanto a la materialidad de los documentos, no se advierte que los caracteres alfanuméricos hayan sido manipulados por algún tipo de borrado de carácter supresivo que altere el apresto de papel, solo se puede apreciar que hubo *“una supresión de dígitos en las escrituras 5443 (15 y 17) y en la 5444 (17 y 19) que parte de la numeración de los folios (..) no se halló ningún tipo de adulteración, borrado mecánico o químico que indiquen la manipulación de la información impresa”* (fls. 635).

3.1.3. Como prueba de las objeciones formuladas a la primera experticia se decretó dictamen pericial (fls. 722, pág. 905 C1) que fue presentado por **Luis Alfredo Archila Báez** (fls. 823, pág. 1055 C1). Para esa finalidad refirió que hizo visita de campo a la Notaría 63 de Bogotá.

Explicó que no había secuencia en la numeración, debido a que el papel notarial inicialmente se utiliza en borrador antes de la escritura final y que es leída ante los que en ella intervienen, se imprime y es firmada por las partes, protocolo que se maneja en esa oficina, según le manifestaron en su visita (fls. 829 C1).

Con respecto a la escritura pública de compraventa (5443), refirió que cada uno de los folios están claramente numerados, el número de escritura en sello húmedo con tinta de color verde, el de la página de cada folio, con la diferencia que en los folios 15 y 17 se utilizó una fuente más grande debido a que se foliaron en una máquina de escribir.

De igual modo, sostuvo que el resto de las páginas estaban en el mismo tipo de números del computador con el que se trabajó el borrador, y que no encontró ningún tipo de alteración, borrado mecánico, o químico, sustitución, raspado, interpolación, supresión, que haya podido alterar el contenido de la escritura.

Manifestó que *“el tamaño de los textos impresos y la fuente utilizados en la Escritura Pública 5443 obrantes en la página número 13 bajo el número de folio sellado de la Notaría 63 en comento individualizado con el número AA32183574 son diferentes con respecto a los demás folios”*.

Refirió que ningún folio ha sufrido alguna clase de adulteración en su contenido porque por el contrario mantiene su uniformidad en cada uno de sus aspectos generales como alfanuméricos, seriales, numeración de páginas y sello húmedo individualizante.

Explicó con respecto al contenido de los textos del folio 13 de la E. P. 5443 individualizado con el No. AA321835574 que en letra mayúscula y negrilla se dijo que no se somete a régimen de afectación a vivienda familiar, además que no presenta ningún tipo de alteración sobre el aspecto del papel que evidencia algún tipo de borrado mecánico o químico, raspado con algún elemento corto punzante con el fin de reemplazar o cambiar alguna información.

En el reverso de la página 15 de la E. P. No. 5443 tampoco se evidencia alteración, adulteración, borrado mecánico, químico, o interpolación de los textos impresos ya que se llenó el folio por parte de un empleado de la Notaría dejando constancia de cada uno de los folios de papel sellado.

Con respecto a la E. P. No. 5444 (fls. 832, página 1064), dictaminó que no presenta ningún tipo de alteración, tampoco borrado, mecánico, o químicos, enmendaduras, raspados, cambio de datos.

Dijo también, “revisé y analicé visualmente otras escrituras que conforman el tomo 291, encontré que se implementan los mismos protocolos para cada una de las escrituras, situación corroborada por el empleado quien me lo expresó verbalmente.

Los folios 17 y 19 con números AA32186801 y AA3218500 presentan un borrado mecánico y reimpresso con máquina de escribir con el fin de que hubiera secuencia en la numeración de los mismos, sin que se presentara algún tipo de alteración en el contenido de la escritura en mención.

En el 15 No. AA32182698, se presenta una enmendadura sobre estos caracteres, y se hizo salvedad en el extendido que reza enmendado AA32182698-si vale. Revisó el tomo 291, manifestó que se utilizó el mismo protocolo en elaboración aplicado a las escrituras, tomó como ejemplo las Nos. 5442 y 5445, tuvo en cuenta el extendido aplicable en todas, cada folio alfanumérico está en máquina de escribir.

3.1.4. Otro dictamen pericial traído a Juicio fue el elaborado por **Oscar Fajardo Guzmán** (fls. 843 pág. 1076, C1). Especificó que el objeto de la diligencia era verificar si existían rastros de alteración dentro del texto que estructura dichas escrituras públicas y compararlas con las que reposan en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Zona Norte de Bogotá.

A manera de conclusión refirió con respecto de la E. P. 5443 del 15 de noviembre de 2007 que presentan correspondencia entre sí, son idénticas. No obstante, encontró inconsistencias que en condición de documentólogo forense permite inferir el posible cambio de la hoja No. 13.

Consistieron en que las páginas 1, 2, 13 y 14 no tienen numeración acorde con las demás, no hay correspondencia entre la primera y última parte, dado que al inicio no se mencionó a la señora Olga Cecilia Salamanca García.

Reiteró que las páginas 13 y 14, correspondientes a la hoja notarial No. AA32183574 tiene un tamaño de letra disímil con respecto a las demás hojas, cada página tiene entre 32 y 34 renglones, pero aquellas tienen 35, situaciones todas que permiten inferir razonadamente que la hoja original fue cambiada.

La escritura originalmente fue elaborada en letra Arial 12, mientras que las páginas 13 y 14 fueron elaboradas en Arial 11 y 10 con el fin de acomodar mayor cantidad de caracteres y por ende más texto.

En la página No. 17 y 18 (dorso), hoja de papel notarial AA 32186823 en la zona destinada para las firmas, no hay coherencia en el orden de comparecencia de los otorgantes, razón por la que la señora Olga debió localizarse después de Cesar Castellanos.

Con respecto a los datos de esta última, no corresponden con el mismo instrumento escritor con que fueron plasmados los nombres de los demás intervinientes, indica entonces que fue puesto en otro momento y con distinta fuente o elemento escritor.

Con respecto a la escritura de hipoteca (5444), encontró que en la parte superior de la página No. 15, del instrumento que se encuentra en el protocolo de la Notaría hay ausencia del No. 5444 que aparece en las demás hojas, y en la copiade la misma que reposa en la Oficina de Registro.

La página No. 15 de esa escritura que reposa en la Notaría es la AA32182698, en la mentada oficina de registro es la AA32182884, con lo que se concluye que esta no es la fiel copia de aquella.

La misma página inicia en la Notaría con el siguiente texto: “*cualquiera obligación pendiente sin solucionar total o parcialmente*”, en cambio en la oficina de registro con: “*mientras que exista a favor de la acreedora hipotecaria cualquier obligación pendiente sin solucionar total o parcialmente*”, y en ésta última en la cláusula decima quinta no aparece la anotación que dice: “*para dar cumplimiento a lo ordenado en el de crédito 1681 del 16 de septiembre de 1996 (...)*”.

El tamaño de la letra en la cláusula decimoquinta es visiblemente más pequeño. En la zona inferior de la página 15 del instrumento que está en Notaría no existe el texto de “*comprobantes fiscales*” como en registro, sino que está el párrafo que tiene seis renglones, terminado la página con el texto que dice: “*No se encuentra afectado a vivienda familiar*”.

El dorso de la página 15 del protocolo inicia con el texto “*comprobantes fiscales*”, en cambio el de dicha oficina de registro con “*El (los) siguiente (s) comprobantes que acrediten*”. En la página 17 aparece que la 15 se hizo en el papel notarial No. AA-3282698, mientras que en la segunda en el No. AA32182884, además el texto “*enmendado AA32182698*”, y en el instrumento de la Oficina de Registro figura extendida en la hoja de papel AA321820884, sin texto de enmendado.

Concluye que la escritura que aportó la Notaría 63 de Bogotá fue alterada, no hay correspondencia con los textos de la página 15 de la Escritura Pública 5444 de 2007 que obra en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Zona Norte.

Existe alteración de la E. P. 5444 que aportó la Notaría 63 de Bogotá, no hay correspondencia en los textos de las páginas 15 y 16, como tampoco con el número de papel notarial de ninguna de ellas, dado que en el protocolo es la AA32182698 y en Oficina de Instrumentos Públicos es la AA32182884.

3.1.5. También se incorporó el Informe de Investigación del 23 de mayo de 2013, suscrito por el Patrullero **Gerardo Alberto Ardila Gómez**, técnico profesional en documentología que obra en el trámite penal (fls. 387, Pág. 387, archivo 02tomoII.pdf. 03 Cuaderno Tres Copias Fiscalía).

En este se dijo que el objeto de la diligencia era desplazarse hasta las instalaciones de la Notaría 63 de Bogotá, así mismo a la Oficina de la Superintendencia de Notariado y Registro para llevar el cotejo documentológico entre las escrituras públicas Nos. 5443 y 5444 de la misma Notaría.

Narró que una vez analizados los documentos hallados en la notaría, se encontraron vestigios de alteración de las escrituras 5443 y 5444 más exactamente en los folios 15, y 17 respectivamente.

Entre otras, refirió que en el anverso del folio 15 de la escritura pública 5444 del 15/11/2007, procedente de la Notaría 63, se evidencian una serie de diferencias frente al mismo folio del instrumento público que reposa en el archivo de registro, en aspectos como número de párrafos, líneas de texto que conforman el folio, identificación superior de la página.

En el anverso del folio 15 de la escritura pública 5444 observó: *i)* 5 párrafos; *ii)* individualización en la zona superior de la página con el número de escritura No 5444; *iii)* contiene texto y dígitos en diferente ubicación; *iv)* cuenta con 32 líneas escritas; *v)* contiene texto y dígitos en diferente ubicación; a diferencia de la segunda escritura referida en la cual encontró: *ii)* 4 párrafos; *ii)* es ausente el número de escritura; y *iii)* cuenta con 34 líneas.

En la interpretación de resultados, concluyó: *i)* los dígitos 15 y 17 de los folios o paginas de la E. P. No. 5443 presenta vestigios de tratamiento en sus soportes; *ii)* el dígito 17 que identifica el folio o página de la escritura pública No. 5444, presenta diferencias documentológicas en lo que respecta a la ubicación de textos, líneas de escritura y ausencia de texto (fls. 394, Pág. 394, archivo 02tomoII.pdf. 03 Cuaderno Tres Copias Fiscalía).

3.1.6. Como puede apreciarse, los dictámenes elaborados por Jorge Arcenio Prado Branco, Oscar Fajardo Guzmán y Gerardo Alberto Ardila Gómez, además de analizar individualmente cada uno de los dos instrumentos públicos objeto de controversia que reposan en el protocolo de la Notaría 63 de Bogotá, también los compararon con los que se encuentran en el archivo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte.

Esa situación revela que se tratan de análisis más pertinentes para el caso, el cual se cimentó en que las mentadas escrituras fueron alteradas por sustitución de hojas, y no por borrado mecánico o químico, enmendaduras, raspado o cambio de datos que fue en lo que se concentraron los expertos Carlos Néstor Rosas Beltrán y Luis Alfredo Archila Báez, quienes solo examinaron el protocolo de la mentada Notaría.

Las objeciones formuladas estaban condenadas al fracaso, se cimentaron entre otras en que el perito hizo *“afirmaciones o juicios de valor”* dado que concluyó el cambio de páginas, empero se avizora que esto se cimentó en que algunas hojas no coinciden con el consecutivo de las demás o por tener características diferentes como tipo y tamaño de letra, explicaciones que se alejan de una opinión personal.

Ahora, si la inconformidad con esa experticia fue que la misma no examinó otros instrumentos públicos, infortunadamente no fue ese el objeto del dictamen, y es la parte interesada quien correspondía acreditar lo contrario como aduce haberlo hecho en su contestación (fls. 620, 636 C1).

La valoración de ese medio de prueba es del resorte del juzgador, bajo el tamiz de la sana crítica que excluye opiniones no cimentadas en bases razonables.

La objeción no puede cimentarse en tareas no encomendadas como lo fuera que debió examinar otros instrumentos públicos, o visitar la Notaría para determinar si es común cambiar el texto de las escrituras antes de su autorización, sería tanto como imponer un objeto distinto a lo que es materia de dictamen (fls.636 C1).

Tampoco se podía limitar esa probanza a la declaración de un testigo, la finalidad de ese medio de convicción establecida por el legislador no es patentar versiones de hecho que no le constan, y sobre todo cuando el mérito individual y en conjunto de las pruebas no incumbe a las partes o terceros al proceso (fls. 636 C1).

3.1.7. De las experticias se tiene en cuenta las conclusiones alusivas a que las páginas 1 (32186808, fls. 10 C1) y 13 (32183574, fls. 18) de la escritura de compraventa no tienen numeración consecutiva con las demás, y que la última tiene un tamaño de letra distinto al resto del instrumento (fls. 18 C1).

Téngase presente que este último hecho que se torna más relevante, lo corroboró el perito **Luis Alfredo Archila Báez** (fls. 823, pág. 1055 C1) quien dijo *“el tamaño de los textos impresos y la fuente utilizados en la Escritura Pública 5443 obrantes*

en la página número 13 bajo el número de folio sellado de la Notaría 63 en comentario individualizado con el número AA32183574 son diferentes con respecto a los demás folios”.

Se tiene en cuenta también que la escritura de hipoteca que se encuentra en la notaría puntualmente en la página 15 no tiene el número 5444 (fls. 34 C1) que aparece en el encabezado de las demás hojas y en la copia que reposa en la oficina de registro, además no es similar en tamaño, espacio y tipo de letra.

De igual modo, se atiende que esa página en la copia de la Notaría no existe el texto de *“comprobantes fiscales”* como la que está en registro, sino que está el párrafo que tiene seis renglones, terminando la página con el texto que dice: *“No se encuentra afectado a vivienda familiar”* (fls.34. Cfr. fls. 91 C1, 74 C1).

Así mismo, el dorso de la misma se inicia con el texto comprobantes fiscales, en cambio el de dicha oficina de registro con *“El (los) siguiente (s) comprobantes que acrediten”*, además que se hizo en el papel notarial No. AA-3282698 (fls. 34 C1), mientras que en el segundo archivo aparece elaborada en la No. AA32182884.

También que en la primera oficina en la página 17 aparece que la hoja 15 se hizo en el papel notarial No. AA-3282698, mientras que en la segunda en el No. AA32182884, además el texto *“enmendado AA32182698”*, y en la Oficina de Registro figura extendida en la hoja de papel AA321820884, sin texto de enmendado (Cfr. 75 vto., 92 Vto.).

De igual manera que se avizora que en la notaría la misma página inicia con *“cualquiera obligación pendiente sin solucionar total o parcialmente”*, mientras que en la oficina de registro con: *“mientras que exista a favor de la acreedora hipotecaria cualquier obligación pendiente sin solucionar total o parcialmente”*.

Se advierte que a este juicio se trajeron las E. P. Nos. 5442 y 5445 del 15 de noviembre de 2007 de la misma Notaría, a pesar de que se puede corroborar que la identificación alfanumérica de las hojas no es consecutiva (fls. 194 C1, pág 292, fls. 204, pág. 204), y que el extendido está elaborado en lo que a la vista parece ser máquina de escribir electrónica (fls. 200 C1), no permiten tener por hecho cierto que sea común en las escrituras de esa notaría encontrar páginas completas en

tamaño y tipo de letra diferente, menos en las que tengan que ver con la afectación a vivienda familiar.

3.1.8. Las páginas que mayores diferencias tienen en punto a la uniformidad respecto de las demás son la página 13 de la escritura de compraventa y 15 de la hipoteca que una vez revisadas ciertamente tiene que ver con la *“no afectación al régimen de afectación a vivienda familiar”*, reprochada por la parte actora.

Nótese, en la página 13 de la escritura Pública 5443, se dice: *“para dar cumplimiento de la ley doscientos cincuenta y ocho (258) de mil novecientos noventa y seis (1996) (...) la Notaría indagó a el comprador sobre su estado civil quien manifestó bajo la gravedad de juramento que es casado con sociedad conyugal vigente y que el inmueble que adquiere por este instrumento público, NO LO SOMETE AL RÉGIMEN DE AFECTACIÓN A VIVIENDA FAMILIAR POR SER SU LIBRE Y EXPRESA VOLUNTAD”* (fls. 18 C1).

Igualmente, el anverso de esa página tiene que ver con dicho régimen, dice: *“En virtud de lo anterior comparece Olga Cecilia Salamanca García, mujer colombiana (...) quien comparece en calidad de cónyuge del comprador y manifestó: Que acepta la No afectación a vivienda familiar que hace su cónyuge Cesar Alonso Castellanos Torres”*.

Así mismo, en la página 15 de la hipoteca se plasmó: *“parágrafo: para dar cumplimiento a lo establecido en la Ley 258 de 1996, reformada por la Ley 854 de 2003, La notaría indagó a el (la -los) hipotecantes quien (es) manifestó (aron) bajo la gravedad de juramento que su (sus) estado (s) civiles (es) es (son) casado con sociedad conyugal vigente, y que el inmueble objeto de esta hipoteca NO SE ENCUENTRA AFECTADO A VIVIENDA FAMILIAR”* (FLS. 34 C1).

3.2. En este trámite se demostró que al momento en que la señora Olga Cecilia Salamanca García suscribió la escritura de compraventa (5443), un día después de que comprador y vendedor hubiesen firmado (16-11-2007), el inmueble se encontraba afectado a vivienda familiar, tema que como quedó visto es en las páginas que los expertos advierten alteraciones.

3.2.1. En declaración extra-juicio absuelta en la Notaría Primera de Chía y ratificada por la codemandada Yolanda del Carmen López Bernal, refirió:

Acudí personalmente el día 15 de Noviembre de 2007 a la Notaría 63 del Círculo de Bogotá, en compañía de mi esposo Humberto Hernández Roa (...) a fin de firmar la escritura pública de la venta de nuestra casa de habitación No. 265 (...) a favor del señor César Alonso Castellanos Torres, y en efecto, ese día el señor Castellanos suscribió la respectiva escritura de compraventa.

Que recuerdo que en la escritura pública que firmamos mi esposo y yo, se mencionaba a la esposa del señor César (...) o sea, a la señora Olga Cecilia Salamanca, y que allí se mencionaba que el inmueble sí quedaba afectado a vivienda familiar, pero en ese momento la señora Olga (...) no estuvo en la Notaría.

Que cuando salimos de la Notaría, yo llamé a Olga (...) y le pregunté que por qué no había ido (...) a la Notaría a firmar, contestándome ella que no tenía ni idea que ese día se iba a realizar escritura, pero que César también la había acabado de llamar para que pasara a la Notaría a primera hora del día siguiente para que firmara, frente a lo cual, yo la felicité porque la casa había quedado afectada a vivienda familiar (...). Le ofrecí mi compañía pues yo sabía donde era la Notaría, y, además le ofrecí mi automóvil puesto que me comentó que (...) con su hija valentina.

Que al día siguiente en la mañana, ósea el 16 de noviembre de 2007 la recogía, y asistimos al Centro Comercial Mazurén, en dónde quedaba la Notaría en el segundo piso, entramos y le indiqué quien era la Notaria, entonces ella, se presentó como la esposa de César Castellanos, y la Notaria le dijo que necesitaba que firmara rápido para continuar la diligencia, y le pasó la escritura, puesto que Olga Cecilia me preguntaba que le mostrara en dónde estaba la afectación a vivienda familiar, y yo le dije mira leí toda la escritura, y le mostré donde estaba lo relacionado con esa afectación, y la volvía a felicitar (...). (fls. 444 C02 Tomo II, Cuaderno tres copias Fiscalía).

Como en agosto del año pasado, o sea, del 2010 (...) volvimos a revisar la escritura, y las dos observamos y concluimos que el texto de algunas hojas había sido modificado, no figuraba ya el sí de afectación a vivienda familiar, y la secuencia de las numeración no era la misma, además el tamaño de la letra en esa parte era más pequeña que el tamaño de las letra del resto de las hojas de la escritura, es decir concluimos que se había cambiado lo relacionado con la afectación a vivienda familiar que nosotras habíamos leído, primero yo, cuando firmé la escritura con mi esposo, y luego las dos al otro día, cuando ella firmó en mi presencia y por lo cual la había felicitado nuevamente razón que teníamos para habernos ido a almorzar precisamente para celebrar esa protección que le había dejado su esposo a ella y a su hija valentina (fls. 242 C1; fls. 444 C02 Tomo II, Cuaderno tres copias Fiscalía).

3.2.2. En interrogatorio de parte la misma demandada manifestó haber ido a la Notaría con su esposo el 15 de noviembre de 2007, con miras a hacer las escrituras de compraventa en calidad de vendedores, se encontraron con los señores Teovaldo, Edith y César, preguntaron por qué no había comparecido la señora Olga, el último contestó que asistía después.

También dijo que se quedó revisando escrituras hasta el final, luego salió a llamar a la demandante y a preguntar la razón de su inasistencia, recibiendo como respuesta que no tenía conocimiento. Pidió a la misma no contar de esa llamada al señor Cesar, haberla felicitado porque la casa quedó protegida para la niña que tenían, o sea había quedado con afectación.

La demandante preguntó qué era eso, y la declarante contestó que quedaba protegida, y que le daba mucha alegría. Relató también que la primera contó que el señor César le daba para un taxi, se ofreció a llevarla, la recogió al día siguiente, fueron hasta la Notaría, se presentó ante la Notaria quien recogió unas escrituras que tenía listas, y dijo que firmara rápido.

Relató que la señora Olga le preguntó que donde era que decía que el inmueble quedaba con afectación, ante lo cual la primera le explicó, leyeron las escrituras y se fueron, cuando salieron la invitó almorzar, la felicitó y la dejó en su casa.

Se preguntó si estaba segura que el día que fueron a firmar escrituras el inmueble estaba afectado a vivienda familiar, contestó que sí, acordarse que cuando fue a firmar con su esposo leyó, y cuando fue con la señora Olga volvieron a mirar y le dijo a la demandante que aparecía como sí en la parte de afectación (fls. 86. Página 520).

3.3.3. En similar sentido declaró la señora Yolanda el 19 de febrero de 2013, en el trámite penal Rdo. 2011-14846 (Cfr. fls. 298, Pág. 298, archivo 02tomoII.pdf. 03 Cuaderno Tres Copias Fiscalía).

3.3.4 A este litigio también concurrió Victoria Consuelo Saavedra Saavedra quien fungió como Notaria de los instrumentos cuestionados (fls. 472, C1, pág. 572). Refirió que el cierre no estaba adulterado, borrado, repisado o enmendado (...). Con respecto a la E. P. No. 5444 dijo que había un cambio de hoja que en extendido aparece como enmendado de la hoja 32182C98.

Al preguntarle cómo se podía explicar que el tamaño de la letra pueda cambiar con respecto al resto de las demás, en particular contestó que en las notarías las

digitadoras muchas veces cambian el tipo de letra, muchas cosas que se deban corregir en ocasiones, que quedó mal escrita una palabra, también hay máquina, en muchas no solo se puede hacer a computador, sino también a máquina, o que comparezca otro tipo de letra es normal en un momento dado.

A pesar de que estas dos declaraciones en cierta medida se contradicen, la señora Yolanda sostiene que para el momento en que Olga Cecilia Salamanca García acudió a firmar constaba en la compraventa afectación a vivienda familiar, la entonces Notaria aboga por que en este caso no se alteró el contenido de ese negocio.

La versión de Yolanda del Carmen López Bernal se torna creíble porque explicó la ciencia de su dicho, o sea, la forma como tuvo conocimiento de esos hechos, en verdad corresponden a situaciones que eventualmente podrían traer consecuencias negativas a sus intereses (nulidad de los actos) o favorecerían a su contraria, y sin embargo, mantuvo su declaración siempre coherente y dirigida al mismo hecho, es decir, que sí se había pactado la limitación al dominio.

Cabe recordar que de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, la simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas y estas *“alcanzan relevancia, sólo en la medida en que “el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario”*¹.

La declaración de la testigo Saavedra en cambio no es suficiente para sostener que en este caso esos instrumentos no se hubiesen alterado, sobre todo de cara a la explicación que dio frente a la diferencia del tamaño de letra en algunas páginas, a pesar de que manifestó que en las notarías las digitadoras muchas veces cambian el tipo de letra, en puridad no corresponde a una declaración de su parte como memoria histórica de lo que efectivamente sucedió. Si bien es plausible que en ocasiones quienes digiten textos puedan cambiar el tamaño de la letra y que incluso dicho actuar pueda ser involuntario, en tratándose de la confección de instrumentos públicos destinados a acreditar la fe pública del contenido de las

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL Magistrado Ponente EDGARDO VILLAMIL PORTILLA Bogotá D.C., 27 de junio de 2007. Referencia: Exp. No. 73319-3103-002-2001-00152-01.

declaraciones de los particulares en sus negocios jurídicos, no se justifica tal accionar, porque la formalidad de la escritura ciñe que todo cambio o alteración de su contenido implique el consentimiento expreso y escrito de todos los otorgantes, por lo cual la uniformidad de los caracteres impresos y formales es lo mínimo que se espera de la fe notarial impresa en las escrituras públicas.

De esas dos versiones lo que se puede extraer es que si la doctora Victoria reconoció en su declaración que la señora Olga fue la última que firmó, y para este momento estaba la anotación de afectado a vivienda familiar según lo cuenta la señora Yolanda, resulta imperioso estarse a que ese negocio quedó supeditado a ese régimen, máxime que conforme lo prevé el artículo 2 de la Ley 258 de 1996, dicha limitación al dominio opera por ministerio de la ley respecto de las viviendas que se adquieran con posterioridad a la vigencia de dicha normativa.

3.3. De manera que la compraventa protocolizada mediante E. P. No. 5443 del 15 de noviembre de 2007 de la Notaría 63 de Bogotá, sobre el inmueble de M. I. No. 50N-20390588 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Norte, por voluntad de los comparecientes se aprobó su texto con afectación a vivienda familiar, y a la fecha ese documento no da cuenta de esa situación, surgiendo diáfano que se trata de un negocio jurídico viciado de nulidad absoluta, por desconocer ese régimen.

Lo anterior porque el inciso final del artículo 6 de la Ley 258 de 1996, dispone que quedarán viciados de nulidad absoluta los actos jurídicos que desconozcan la afectación a vivienda familiar, y el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 960 de 1970, prevé que son nulas las escrituras en que se omita el cumplimiento de los requisitos esenciales, entre otros cuando los comparecientes no hayan prestado aprobación al texto del instrumento extendido.

Recuérdese, la Corte Suprema de Justicia explicó: “[D]ado que durante el proceso de *"perfeccionamiento"* de una escritura pública puede incurrirse en nulidad, lo que acontece cuando se omite el *"cumplimiento de los requisitos esenciales"*, (...) 3.1.- **De los primeros, se ocupa en forma específica el artículo 99 del Decreto en mención, casos en**

*los cuales se sanciona, por el legislador el vicio de que se trate, con la invalidez del acto notarial en cuestión*².

3.4. Teniendo en cuenta que la parte actora respecto de ese negocio jurídico - compraventa- solicitó solo que se declarara la nulidad absoluta de *“aquella estipulación de los consortes Cesar Alonso Castellanos Torres y Olga Cecilia Salamanca García Relacionada con el NO afectación a vivienda familiar”* (fls. 104, pag. 187), esto es la nulidad absoluta parcial y no de todo el acto jurídico, se advierte que esta pretensión es procedente.

Memórese, el artículo 902 del Código de Comercio, dispone: *“la nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad”*.

La anterior regla es una consagración legal de principio de conservación de los contratos en materia de nulidades, sobre el cual la doctrina especializada explica: *“la nulidad parcial no comporta de por sí la nulidad total del contrato. En cuanto sea posible, encuentra aplicación el principio de conservación del contrato; a este principio se remite la ley con fórmulas diferentes; justamente con respecto a la nulidad parcial en sentido objetivo establece que ella comporta la nulidad de todo el contrato solo si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin la parte de su contenido que se vea afectada por la nulidad”*³.

Y que no se diga que esa regla no es aplicable a casos de índole civil, en la medida que contiene el mentado principio o mandato de optimización, sobre el tema la doctrina enseña:

Puede suceder que el intérprete, en presencia de una o varias cláusulas del acto, llegue a la conclusión de que estas legalmente están condenadas a la ineficacia, surge entonces el problema de decidir si esta ineficacia parcial conduce o no a la ineficacia total del acto. Una respuesta a priori, afirmativa o negativa, a este interrogante dejaría de consultar, o bien el propósito del legislador de dotar la voluntad privada de eficacia jurídica, o bien el de imponerle a dicha voluntad los límites compatibles con el interés social. Por consiguiente, el dilema debe resolverse de conformidad con los principios generales, **según lo hace la comentada disposición del Código de**

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Referencia: Expediente No. 4293. Magistrado Ponente: PEDRO LAFONT PIANETTA. Santafé de Bogotá D.C., sentencia del 30 de enero de 1995.

³ BIANCA, Massimo C. Derecho Civil. 3 el Contrato. Traducción de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2011. Pág. 660.

Comercio [art. 902] que, por ello es aplicable en materia civil⁴.

Atendiendo las anteriores premisas, y como se echa de menos prueba contundente de que en este caso las partes no hubiesen celebrado la mentada compraventa, esto es que Humberto Hernández Roa y Yolanda del Carmen López Bernal en calidad de vendedores y Cesar Alonso Castellanos Torres como comprador no hubiesen establecido ese vínculo jurídico sin la prenotada estipulación o parte viciada de nulidad, no hay lugar a decretar la nulidad absoluta de todo el negocio, sino de esa estipulación, ordenando tomar nota en ese instrumento de que sí quedó afectado a vivienda familiar.

3.4.1. Así las cosas, y ante la evidente alteración del contenido de la escritura pública de compraventa que desconoció el derecho de la cónyuge y de su hija a que el bien inmueble se afectara a vivienda familiar, es dable acoger la interpretación garantista que proteja a la mujer por la perspectiva de género, en cumplimiento del precedente sentado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-338 de 2018, por medio de la cual se obliga a dispensar una justicia diferenciada que supere los desequilibrios generados por la violencia económica contra la mujer, así que ante las perspicuas evidencias de alteración de la escritura, se impone la declaratoria de la nulidad de la estipulación que desconoció la limitación del dominio del inmueble, que no sobra advertir, debía operar por ministerio de la ley.

3.5. Por las mismas razones esbozadas se impone acoger las pretensiones principales de nulidad absoluta de los contratos de hipoteca y dación en pago, protocolizados respectivamente en E. P. No. 5444 del 15 de noviembre de 2007 de la Notaría 63 de Bogotá, y E. P. No. 50N-20390488 del 17 de septiembre de 2010 de la misma Notaría.

El artículo 3 de la Ley 258 de 1996, dispone: “*los inmuebles afectados a vivienda familiar solo podrán enajenarse, o constituirse gravamen u otro derecho real sobre ellos con el consentimiento libre de ambos cónyuges, el cual se entenderá expresado con su firma*”.

Dado que dicho inmueble por voluntad de los cónyuges y por ministerio de la ley conforme lo antes explicado, quedó afectado a vivienda familiar, y estos dos

⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Séptima Edición. Bogotá: Editorial Temis. 2014. Pág. 489.

negocios jurídicos no fueron consentidos por la señora Olga Cecilia Salamanca García, no aparecen suscritos por la misma, resulta paladino que también quedaron viciados de nulidad absoluta abriendo paso a su declaratoria (art. 6 de la misma reglamentación).

Es importante poner de presente que los efectos del mentado vicio también cobijan a la sociedad Construcciones e Inversiones AMC S. A., dado que su representante legal Edith Marlen Torres Garzón, además de su indiscutible calidad de madre de Cesar Alonso Castellanos Torres, no fue ajena a esa negociación, estuvo presente inclusive el día en que se suscribieron las escrituras de compraventa y se constituyó en su favor la correspondiente hipoteca, momento en que como quedó visto, estaba en el instrumento principal la afectación a vivienda familiar.

Nótese, la señora Yolanda del Carmen López Bernal (vendedora) en su interrogatorio narró que el 15 de noviembre de 2007 (fls. 386, pág 520), cuando fue a la notaría junto con el señor Humberto Hernández a firmar las escrituras de compraventa, encontraron en ese lugar al señor Teovaldo Tucides Castellanos Suarez y Edith Marlen Torres Garzón, padres del comprador César Alonso Castellanos Torres, quienes también eran conocedores de que este se encontraba ligado a la actora por el vínculo del matrimonio desde época anterior, esto es desde el 2 de junio de 2006 (fls. 3 C1).

Esto se afianza si se tiene en cuenta que la misma Edith Marlen Torres Garzón en el interrogatorio absuelto el 2 de julio de 2014, en el trámite penal Rdo. 2011-14846, al preguntarle cuál fue la razón por la que la señora Olga Salamanca no acudió a la Notaría 63 el 15 de noviembre de 2007 a firmar las escrituras, simultáneamente con su esposo y los vendedores, contestó: porque no se tenía conocimiento de que tenía que estar presente (Página 64. Proceso Penal).

De igual modo, dijo que la escritura de hipoteca se firmó el mismo día en que el señor Cesar firmó la compraventa y ante los vendedores, manifestación que además de corroborar la asistencia de la señora Yolanda en esa oportunidad dando firmeza a su versión (Página 64. Proceso Penal), devela que en verdad tuvo conocimiento de la afectación a vivienda familiar, no se puede perder de vista que

aun al día siguiente (16-11-2007), cuando la señora Olga fue a firmar, todavía se encontraba esa anotación como quedó analizado en precedencia.

4. Se procede entonces a establecer las restituciones que habrán de hacerse por la declaratoria de nulidad absoluta de la dación en pago, dado que el negocio de compraventa se mantiene en la vida jurídica con las anotaciones indicadas y la hipoteca en atención a su naturaleza no implicó la entrega de bienes.

Para ese efecto, se recuerda que el artículo 1746 del Código Civil consagra que la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

4.1. Según E. P. No. 1443 del **23 de agosto de 2010** de la Notaría 63 de Bogotá, en atención a la deuda de \$257.000.000 de Cesar Alonso Castellanos Torres con la sociedad Construcciones e Inversiones AMC S. A, por concepto de capital e intereses, costas judiciales y agencias en derecho según proceso que cursó en el Juzgado 6 Civil del Circuito de Bogotá, Rdo. 2009-00663, se constituyó dación en pago por falta de liquidez del primero y sobre el inmueble de **M. I. No. 50N-20390488**.

El anterior negocio fue autorizado por el Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá, mediante providencia del 2 de septiembre de 2010 (fls. 150, Cuaderno CopiasSextoCivilCircuito), y registrado en dicho folio de matrícula en anotación No. 12 del 17 de septiembre de 2010 (fls. 79 C1).

Según la cláusula cuarta de ese instrumento público, la entrega del inmueble transferido se acordó el día en que el juzgado sexto (6) civil del circuito de Bogotá, ordene el levantamiento de las medidas cautelares y ordene al secuestre para que efectúe la entrega (fls. 125, Cuaderno CopiasSextoCivilCircuito; 48 C1), cosa que ocurrió el **13 de octubre de 2010** (fls. 129, Cuaderno CopiasSextoCivilCircuito), sin que obre prueba o alegación en contrario.

Procede entonces ordenar a la sociedad demandada restituir el inmueble de M. I. No. 50N-20390488 al señor Cesar Alonso Castellanos Torres.

4.2. La parte actora solicitó también la restitución de dicho inmueble *“junto con sus correspondientes frutos civiles y naturales, que ésta percibió o pudo haber percibido con mediana inteligencia, hasta el día en que se produzca le referida entrega”* (fls. 107 C1, pretensión 9 principal), situación que impone determinar a partir de cuándo habrán de pagarse y el tipo de fruto a reconocer.

4.2.1. En lo que respecta al momento a partir del cual se deben reconocer frutos, se recuerda que el inciso segundo del artículo 1742 consagra que las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses **y frutos**, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, **tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes**; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Sobre la interpretación de esa disposición normativa, la Corte Suprema de Justicia⁵ precisó que la restitución como consecuencia de la invalidez, si bien está gobernada por las reglas generales de las prestaciones mutuas, no es dable aplicar el límite temporal establecido en las mismas para esa finalidad⁶, es decir el momento a partir del cual se reconocen los frutos no depende de la buena o mala fe del contratante, esto haría nugatorio el efecto propio de toda declaración de nulidad y de fenómenos afines que no es otro distinto que retrotraer las cosas al estado en que se hallarían como si no hubiese existido el acto o contrato declarado nulo.

En esa oportunidad se explicó: *“[a]unque para el efecto [restituciones], como se ha dicho, deben observarse las “mismas disposiciones que gobiernan las prestaciones mutuas en la*

⁵ Mediante sentencia SC5060 de 2016, reiterando los precedentes contenidos en las sentencias SC059-1995, SC 087-2003, SC 150-2003, y SC 343-2005.

⁶ ARTICULO 964. <RESTITUCION DE FRUTOS>. El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción; se considerarán como no existentes lo que se hayan deteriorado en su poder. **El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda**; en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores. En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos.

*reivindicación” , entre las cuales se encuentra el artículo 964 del Código Civil, **esto no significa que deba aplicarse en forma absoluta, en toda su extensión, incluyendo los límites temporales a que hace alusión, porque de ser así se negaría el efecto general y propio de la declaración de nulidad, cual es retrotraer las cosas al “estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.”***

De manera que los frutos a restituir deben reconocerse entonces desde la fecha del contrato nulo y, en su defecto, desde la entrega o cumplimiento de la obligación cumplida total o parcialmente, en este caso sería a partir del **13 de octubre de 2010**, solo de esa manera se cumpliría el efecto de la nulidad declarada que es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían como si no hubiese existido el acto o contrato.

4.2.2. En lo relativo el tipo de fruto a reconocer se tiene en cuenta que estos penden de la buena o mala fe de las partes, esta permite concretar si se devuelven los percibidos o si además de estos, los que hubiera podido percibir el dueño con mediana inteligencia. Así lo explicó la Alta Corporación:

Siempre que sea declarada la nulidad de un acto o contrato, las cosas han de retrotraerse al estado en que las partes se hallaban antes de su celebración, lo que subsecuentemente abarca toda entrega o cumplimiento –en la medida de lo posible– que los contratantes en virtud del convenio, hayan llegado a efectuar, por supuesto, con cargo de restituir asimismo las especies de que da cuenta el precepto anotado, y dentro de ellas, los frutos, tomándose en cuenta la buena o mala fe de las partes, entre otras circunstancias, **pero sólo para saber qué tipo de frutos son los debidos: si los percibidos o si éstos y los que además hubiera podido percibir el dueño con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder**” (negrilla fuera de texto).

Esta Corporación, en sentencia del 12 de diciembre de 2018 emitida en el proceso radicado 110013103002720160016501 (exp 4679), dijo:

“[e]n esto se ha sostenido que en materia contractual no son aplicables los referentes temporales tenidos en cuenta para cuantificar expensas de procesos reivindicatorios, **pues el análisis de la buena o mala fe de los contratantes no siempre tiene la entidad de establecer el periodo de restitución de los frutos, pues tal tópico está determinado por los efectos retroactivos de la declaración de nulidad,** y el imperativo de retrotraer la situación al estado precontractual. Otra cosa es que la buena fe comporte un criterio cualitativo que precisa la clase de frutos que deben restituirse, pues sabido es que el contratante de mala fe debe reintegrar no solo los percibidos, sino lo que se hubieren podido devengar con mediana diligencia y cuidado”.

Quiere decir entonces que como los medios de convicción en esta instancia abogan porque la representante legal de la sociedad Construcciones e Inversiones AMC S. A., tuvo conocimiento de las particularidades de la negociación del inmueble en pugna, inclusive estuvo presente al momento de la suscripción de las memoradas escrituras públicas, conocía de la afectación originaria -afectación a vivienda familiar-, debe imponer el **pago de frutos que hubiera podido percibir el dueño con mediana inteligencia y actividad.**

4.2.3. En consideración a que dichos beneficios económicos, cual los describió la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de agosto de 2011 (ex.: 6182), son entendidos como “*el producido del bien en disputa relacionado con los paralelos gastos ordinarios de producción que son aquellos en que habría incurrido cualquiera persona para obtenerlos*”, se tomará como punto de partida de los cálculos, las disposiciones de la Ley 820 de 2003 (Régimen de Arrendamiento de Vivienda Urbana), esto por cuanto el provecho mínimo que puede obtenerse de un inmueble con las características del que es objeto de este litigio, podría provenir, bajo una administración medianamente diligente, de su arrendamiento.

Se tiene en cuenta que el artículo 18 de la referida codificación establece como tope del canon respectivo, “*el uno por ciento (1%) del valor comercial del inmueble o de la parte de él que se dé en arriendo*” y asimismo establece que “*la estimación comercial (...) no podrá exceder el equivalente a dos (2) veces el avalúo catastral vigente*”, a lo que se suma que el canon 20 *ib.* señala que “*Cada doce (12) meses de ejecución del contrato bajo un mismo precio, el arrendador podrá incrementar el canon hasta en una proporción que no sea superior al ciento por ciento (100%) del incremento que haya tenido el índice de precios al consumidor en el año calendario inmediatamente anterior*”.

Se calcularán entonces los frutos que se habrían causado desde que la sociedad demandada recibió el inmueble (**13 de octubre de 2010**), hasta la época en que se profiere la presente decisión (septiembre de 2021). El Tribunal se apoyará principalmente en el avalúo catastral del año 2010 (**\$213.028.000**) (página 136 (fls. 129, Cuaderno CopiasSextoCivilCircuito), como se ha hecho en otras Salas de Decisión (*v.gr.*, exp.: 2007-00753 01, sentencia del 6 de diciembre de 2017).

Con dicha orientación, se asume en esta oportunidad, que el canon de arrendamiento para el año 2010, alcanzaría la cifra mensual de **\$2.130.280**, esto es el equivalente del avalúo catastral al que recientemente se hizo alusión.

2010		2016	
Avaluo	\$ 213.028.000	Variación IPC	6,77
Canon 1%	\$ 2.130.280	Canon 1%	\$ 2.634.930
Meses	2,06	Meses	12
Subtotal	\$ 4.388.377	Subtotal	\$ 31.619.165
2011		2017	
Variación IPC	3,17	Variación IPC	5,75
Canon 1%	\$ 2.197.810	Canon 1%	\$ 2.786.439
Meses	12	Meses	12
Subtotal	\$ 26.373.719	Subtotal	\$ 33.437.267
2012		2018	
Variación IPC	3,73	Variación IPC	4,09
Canon 1%	\$ 2.279.788	Canon 1%	\$ 2.900.404
Meses	12	Meses	12
Subtotal	\$ 27.357.458	Subtotal	\$ 34.804.851
2013		2019	
Variación IPC	2,44	Variación IPC	3,18
Canon 1%	\$ 2.335.415	Canon 1%	\$ 2.992.637
Meses	12	Meses	12
Subtotal	\$ 28.024.980	Subtotal	\$ 35.911.645
2014		2020	
Variación IPC	1,94	Variación IPC	3,8
Canon 1%	\$ 2.380.722	Canon 1%	\$ 3.106.357
Meses	12	Meses	12
Subtotal	\$ 28.568.665	Subtotal	\$ 37.276.287
2015		2021	
Variación IPC	3,66	Variación IPC	1,61
Canon 1%	\$ 2.467.856	Canon 1%	\$ 3.156.370
Meses	12	Meses	9
Subtotal	\$ 29.614.278	Subtotal	\$ 28.407.327
Total		\$ 345.784.018	

Entonces, de conformidad con los siguientes cálculos, por concepto de frutos civiles se reconocerá la suma de \$345.784.018, que corresponde a los cánones de arrendamiento causados desde el 13 de octubre de 2010, hasta el 29 de septiembre de 2021, incrementados anualmente con base en la variación del IPC, como lo prevé el artículo 20 de la Ley 820 de 2003.

Lo anterior, en armonía con el inciso 2º del artículo 283 del C. G. del P., acorde con el cual, en lo pertinente, *“el juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia”*.

La misma metodología se aplicará, de ser el caso, para los meses subsiguientes al proferimiento de esta providencia, hasta que se restituya el inmueble.

5. Finalmente, se impone despachar desfavorablemente la pretensión alusiva a condenar a César Alonso Castellanos Torres a perder su porción conyugal en los

términos del artículo 1824 del Código Civil, los puntos de apelación sustentados en esta instancia no develan que “*dolosamente*” hubiere ocultado o distraído bienes de la sociedad conyugal, a pesar de lo esbozado no puede concluirse que los hechos analizados fueran el producto de la intención de ese demandado, aunado a que conforme el numeral 22 del artículo 22 del C.G.P., es al Juez de Familia a quien le corresponde definir sobre la sanción prevista en el mencionado artículo.

6. La prosperidad de las pretensiones principales relevan a la sala de analizar las subsidiarias en que se insistió vía recurso de apelación.

7. Se revocará parcialmente la sentencia atacada. Salvo la condena por ocultamiento de bienes, se acogerán las pretensiones principales.

8. Se condenará en costas por ambas instancias a César Alonso Castellanos Torres, y Construcciones e Inversiones AMC S. A. en favor de la demandante, y a la parte actora en favor de Humberto Hernández Roa, Yolanda del Carmen López Bernal y Cristóbal Rodríguez Caicedo, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. RESUELVE

PRIMERO. Revocar parcialmente la sentencia del 26 de abril de 2021, proferida por el Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto en referencia.

SEGUNDO. Declarar la nulidad absoluta parcial de la estipulación de los consortes César Alonso Castellanos Torres y Olga Cecilia Salamanca García, relacionada con la *No afectación a vivienda familiar* de la casa de habitación No. 265 del Conjunto Residencial del Monte AG-3, ubicado en la calle 170 No. 68-73 hoy calle 169 B No. 75-73 de la ciudad de Bogotá, contenida en el contrato de compraventa celebrado entre Humberto Hernández Roa y Yolanda del Carmen López Bernal como vendedores, y Cesar Alonso Castellanos Torres como

comprador, según consta en E. P. No.5443 del 15 de noviembre de 2007, otorgada en la Notaría 63 de Bogotá, sobre el inmueble de M. I. No. 50N-20390588 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte.

SEGUNDO. Ordenar a la Notaría 63 de Bogotá que efectúe nota de lo anterior en dicho instrumento, deje constancia que ese inmueble sí quedó afectado a vivienda familiar en los términos de la Ley 258 de 1996, y expida copia dirigida a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Norte, para que haga la correspondiente anotación en el Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 50N-20390588.

TERCERO. Declarar la nulidad absoluta del contrato de hipoteca abierta de cuantía indeterminada constituida por César Alonso Castellanos Torres, mediante E. P. No. 5444 del 16 de noviembre de 2007, de la Notaría 63 de Bogotá, en favor de Construcciones e Inversiones A. M. C. S. A. sobre el inmueble de M. I. No. 50N-20390588 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte.

CUARTO. Ordenar a la Notaría 63 de Bogotá que cancele la E. P. No. 5444 del 16 de noviembre de 2007, de la Notaría 63 de Bogotá, mediante la cual César Alonso Castellanos Torres constituyó hipoteca en favor de Construcciones e Inversiones A. M. C. S. A. sobre el inmueble de M. I. No. 50N-20390588 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte.

QUINTO. Declarar la nulidad absoluta de la dación en pago celebrada entre César Alonso Castellanos Torres y Construcciones e Inversiones A. M. C S. A., del 23 de agosto de 2010, mediante E. P. No. 1443 de la Notaría 63 de Bogotá, respecto del inmueble de M. I. No. 50N-20390588 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte.

SEXTO. Ordenar a la Notaría 63 de Bogotá que cancele la E. P. No. 1443 de la Notaría 63 de Bogotá, respecto del inmueble de M. I. No. 50N-20390588 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte.

SEPTIMO. Ordenar a Construcciones e Inversiones A. M. C. S. A. que en el término de diez (10) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia restituya a César Alonso Castellanos Torres y Olga Cecilia Salamanca García la casa de habitación No. 265 del Conjunto Residencial del Monte AG-3, que tiene asignado el uso exclusivo de los garajes 529 y 530, y ubicado en la calle 170 No. 68-73 hoy calle 169 B No. 75-73 de la ciudad de Bogotá, de Matrícula Inmobiliaria No. 50N-20390588 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Norte.

OCTAVO. Condenar a Construcciones e Inversiones A. M. C. S. A. a pagar \$345.784.018 en favor de César Alonso Castellanos Torres y Olga Cecilia Salamanca García a título de frutos causados desde el 13 de octubre de 2010, hasta el 29 de septiembre de 2021. La misma metodología se aplicará, de ser el caso, para los meses subsiguientes al proferimiento de esta providencia, hasta que se restituya el inmueble.

NOVENO. Condenar en costas por ambas instancias a César Alonso Castellanos Torres, y Construcciones e Inversiones AMC S. A. en favor de la demandante. Como agencias en derecho por la segunda instancia el Magistrado sustanciador fija la suma de \$2.000.000. Ante el *a quo* fíjense las de primera instancia y efectúese la correspondiente liquidación.

DÉCIMO. Condenar en costas a la parte actora en favor de Humberto Hernández Roa, Yolanda del Carmen López Bernal y Cristóbal Rodríguez Caicedo. Como agencias en derecho por la segunda instancia el Magistrado sustanciador fija la suma de \$2.000.000. Ante el *a quo* fíjense las de primera instancia y efectúese la correspondiente liquidación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE;

Los Magistrados,

Firmado electrónicamente

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Firmado electrónicamente

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Firmado electrónicamente

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Firmado Por:

Ivan Dario Zuluaga Cardona

Magistrado

Sala 010 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Martha Isabel Garcia Serrano

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 009 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

6f0ac3d59ce26097714819aa50526cd18cab332a2771d652213f199d4d866d70

Documento generado en 29/09/2021 04:25:43 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>