



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado Ponente

SC1078-2018
Radicación n.º 25269-31-03-001-2006-00210-01
(Aprobada en sesión de primero de octubre de dos mil diecisiete)

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Por haberse casado el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cundinamarca, Sala Civil-Familia, en el proceso ordinario de Pablo Emilio Wilches Tumbía contra Francy Elena Londoño Gutiérrez, Rubiela Díaz Vela, Pablo Esteban y Andrés Sebastián Wilches Díaz, se dicta sentencia sustitutiva para resolver, en consonancia con la decisión de casación, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta, respecto del fallo del Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá.

ANTECEDENTES

1. De la actuación procesal y la síntesis en la sentencia de casación se extracta que el demandante pidió, de manera principal, se declare la simulación relativa de los contratos de compraventa y constitución de usufructo contenidos en las escrituras públicas 678 de 5 de abril y 2098 de 8 de noviembre de 2004, otorgadas ante las notarías 2ª y 1ª de Facatativá, en ese orden, y, en consecuencia, declarar la nulidad de las donaciones subyacentes, así como ordenar la restitución de los inmuebles con sus frutos (folios 36 y ss. del cuaderno 1).

Subsidiariamente solicitó la rescisión de las ventas por lesión enorme o, en su defecto, la nulidad absoluta.

2. En el sustrato fáctico dijo el actor, en resumen, que en el matrimonio contraído con Rubiela Díaz Vela en 2002, nacieron Pablo Esteban y Andrés Sebastián Wilches Díaz; liquidaron la sociedad conyugal en abril de 2004, y la cesación de efectos civiles del matrimonio fue el 26 de julio de 2005. También celebraron estos negocios simulados:

a) Sobre el apartamento 101, bloque B, de la «C 14 4C-24 o K 5 13-131» de Facatativá, matrícula inmobiliaria 156-38904 de la oficina de registro de allí mismo, adquirido en 1989, mediante escritura pública 678 del 5 de abril de 2004 el demandante dijo transferir, a título de compraventa, la nuda propiedad y el usufructo a sus hijos y cónyuge, respectivamente, por \$15.460.000. Pero la voluntad real fue donar para cumplir con las obligaciones alimentarias de los hijos comunes, con una fuente de ingresos estable, por lo

cual el bien debía arrendarse, de manera que el querer nunca fue comprar ni vender, no hubo precio, el valor que se dio al predio fue inferior a la mitad del justo precio, los adquirentes carecían de medios económicos para comprar, la fecha de la compraventa coincidió con la liquidación de la sociedad conyugal, que no tenía haber alguno. La donación no fue insinuada pese a que el valor del apartamento (\$40.000.000) era superior a la cuantía permitida, toda vez que las partes querían sustraerse de los efectos fiscales de la enajenación gratuita.

b) Del lote # 6, manzana A, urbanización Los Laureles de Facatativá, junto con la casa allí construida, matrícula inmobiliaria 156-19031 de la oficina de registro de ese municipio, el 1º de septiembre de 1989, el actor, como prometiende comprador, celebró promesa de contrato con Francy Elena Londoño, y aquél entró en posesión del inmueble el 15 de octubre siguiente.

Por escritura pública 2098 de 8 de noviembre de 2004, el representante de la promitente vendedora dijo vender la nuda propiedad de la vivienda a Pablo Esteban y Andrés Sebastián Wilches Díaz, y el usufructo a Rubiela Díaz Vela, pero como el fin real era que el demandante donara sus derechos sobre la casa para que sus hijos y cónyuge tuviesen un lugar de habitación digno, autorizó que el documento público fuera a favor de estos, en ejecución de la promesa. Por eso, los adquirentes no pagaron el precio ni tenían medios para eso, fue el actor quien lo hizo; el valor consignado en la escritura fue inferior al costo real del lote;

la donación no fue insinuada y después de esta Wilches mantuvo la posesión del bien.

Reiteró que las simulaciones fueron para regular los alimentos de los menores; sin embargo, la progenitora de estos desconoció los acuerdos que las contenían y denunció al demandante por inasistencia alimentaria.

3. Rubiela Díaz Vela y los hermanos Wilches Díaz, se opusieron a las pretensiones, negaron algunos hechos, aceptaron otros y se atuvieron a lo que se probara en lo demás. Formularon las excepciones que denominaron «*desconocimiento de los pagos y mala fe*» (folios 144 a 149 del cuaderno 1). Francy Elena Londoño Gutiérrez fue representada por curador *ad litem*, quien no se opuso y dijo estarse a lo probado (folios 77 a 79 del mismo legajo).

4. Agotado el trámite procesal, en su sentencia el *a quo* acogió las pretensiones de simulación relativa de los contratos de compraventa y constitución de usufructo, respecto de los inmuebles en cuestión; declaró que los negocios reales fueron donaciones, las cuales son nulas por falta de insinuación; ordenó cancelar las escrituras y sus registros; condenó a los demandados a restituir los inmuebles al demandante y pagarle los frutos civiles desde la fecha de la venta, los cuales fueron estimados en \$41.360.000, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, y al pago de las costas (folios 428 a 461 del mismo cuaderno).

Dicha providencia fue modificada por el Tribunal al desatar la apelación interpuesta por la parte demandada y el grado de consulta en el siguiente sentido: confirmó la declaración de simulación relativa de los negocios jurídicos; declaró que era válida la donación de un inmueble (apto.), por no requerir insinuación, y nula parcialmente frente al otro (casa), en lo que excedió de cincuenta salarios mínimos legales, y denegó la condena en frutos civiles.

5. Casada esa última decisión por la Corte (SC6265-2014), y practicada la prueba pericial allí ordenada de oficio, es oportuno proferir sentencia de reemplazo en los términos que siguen.

CONSIDERACIONES

1. Presentes los presupuestos procesales y demás requisitos de validez, es necesario hacer unas precisiones para efectos de la sentencia sustitutiva de segunda instancia, dado que la Corte casó -aunque ha de entenderse en forma parcial-, la proferida por el Tribunal de Cundinamarca. Esta última decisión había ratificado el fallo de primer grado en cuanto a la declaración de simulación relativa de las compraventas, de la nuda propiedad y del usufructo de los bienes involucrados, pero había modificado algunos aspectos, en concreto los siguientes:

a) El numeral cuarto, para declarar que el negocio subyacente de la escritura pública 678 de 5 de abril de 2004, otorgada en la Notaría 2ª de Facatativá, respecto del apto.

101, bloque B, calle 14 N° 4C-24 o Cra. 5 N° 13-131 de esa ciudad -venta de la nuda propiedad y del usufructo- era una donación irrevocable, válida por no requerir insinuación. Esto debido a que el Tribunal tomó como valor de la donación, el avalúo catastral del predio.

b) El numeral séptimo, en el sentido de declarar que la donación de la nuda propiedad y del usufructo, contenida en la escritura pública 2098 de 8 de noviembre de 2004, otorgada en la Notaría 1ª de Facatativá, por la casa situada en la calle 15 N° 5-46 de la misma ciudad, es nula por no insinuarse en lo que excedió de cincuenta salarios mínimos legales mensuales, exceso que se calculó en \$4.100.000 que equivalen al 18,64% del valor del bien. Para este pronunciamiento el fallador también tuvo en cuenta el valor catastral del inmueble.

c) El numeral noveno, para en su lugar declarar que los demandados no deben pagar los frutos civiles de los bienes, por estimar que como la voluntad del actor era donar para garantizar obligaciones alimentarias de sus hijos con Rubiela Díaz Vela, no había lugar a los frutos.

d) Ordenar que se tome nota de lo decidido en las notarías citadas, así como el registro de la sentencia con precisión de validez de un negocio y nulidad parcial (de 18,64%) del otro.

2. La casación, en lo favorable a su proponente, versó únicamente sobre los dos ítems anteriores, relacionados con:

la negativa de frutos por el excedente nulo del negocio de la casa, que el Tribunal basó en el móvil de la donación; y el precio que se tomó para las donaciones de ambos inmuebles, que para ese fallador permitió la subsistencia total de la donación del apartamento, y la nulidad parcial de la donación de la casa. Acerca de esas cuestiones y su decisión, puede resumirse:

2.1. De cara a la negativa de frutos en la casa, que para la sentencia anulada era el único bien en que podría permitirse, porque se excedió el monto autorizado para la donación, la Corte consideró improcedente la conclusión, por vulnerar el artículo 1746 del Código Civil, bajo el cual la nulidad declarada en sentencia con fuerza de cosa juzgada da derecho a las partes para ser restituidas al estado anterior al acto o contrato, como si este no hubiese existido, sin perjuicio de lo previsto sobre objeto o causa ilícita, con inclusión de la pérdida de las especies o su deterioro, intereses, frutos y mejoras, según las reglas generales sobre prestaciones mutuas, como la jurisprudencia ha dicho: *«los efectos retroactivos de la nulidad, sin distinguir su clase, al afectar el pasado, por cuanto las cosas deben volver al estado anterior a la celebración del contrato, como si éste no hubiese existido. Son estos los efectos ex tunc de la sentencia declarativa de la nulidad, que permiten suponer como lo ha dicho la Corporación que ‘el acto o contrato no tuvo existencia legal, y entonces, por imperativo de lógica, hay que restaurar*

las cosas al estado en que se hallarían si dicho acto o contrato no se hubiese celebrado’ (G.J. CXXXII, pág. 250)»¹.

Anotado quedó en la sentencia de casación, que el efecto retroactivo de la nulidad obliga a los contratantes a las restituciones bilaterales, *«esto es, a devolver a su contraparte todo lo recibido como contraprestación del acto -lato sensu- anulado, incluyendo, además de lo que efectivamente se entregaron, los frutos -inter alia-, razón por la cual, el juzgador se encuentra en el deber de decretarlos, atendiendo para su cómputo a la buena o mala fe del convocado y a lo que se pruebe en la litis, sin que exista en el ordenamiento jurídico una regla legal -distinta a las ya citadas- que lo excuse de efectuar tal condena o le permita atender a la voluntad de las partes al momento de contratar»*, salvo las excepciones legales, como las contempladas en los artículos 1525 y 1747 del Código Civil.

2.2. Sin embargo, como se verá, el efecto retroactivo de las restituciones mutuas de frutos y mejoras, también debe operar para el apartamento, aunque como resultado de la prosperidad del otro aspecto de la casación, pues a diferencia de lo resuelto en el fallo casado, se consideró que en ambos negocios había también lugar a la nulidad, en parte, por excederse del monto permitido sin insinuación.

2.3. Respecto de esto último, la tasación del precio tenido en cuenta por el Tribunal para el monto de las

¹ SC de 2 de agosto de 1999, exp. 4937.

donaciones, que fue por los avalúos catastrales, también se estimó infundada por cuanto en estos eventos la decisión debe basarse en el precio comercial de los predios, conforme a la jurisprudencia reiterada de esta corporación.

Así, fue explicado que acorde con el artículo 3º del decreto 1712 de 1989, para la donación debía tenerse presente, entre otros aspectos, «*la prueba fehaciente del valor comercial del bien*», es decir, que con el fin de verificar si la donación requiere de insinuación, su valía debe surgir del precio que los activos involucrados tienen en el mercado, de tal manera que al haber optado el juzgador de segunda instancia por considerar los avalúos catastrales, incurrió en evidente equivocación. Reflexión que se apoyó en la doctrina jurisprudencial relativa a las diferencias de naturaleza, metodologías y finalidades entre el avalúo catastral y el comercial, según emana de las regulaciones normativas correspondientes.

De ahí que tras la valoración de los elementos de juicio respectivos, concluyó que en las donaciones de los dos inmuebles se había sobrepasado el límite legal que exige la insinuación, razón por la que había lugar a la nulidad del exceso en ambos negocios, con la consecuente «*necesidad de retrotraer las cosas a su estado inicial, como si no hubiese existido el acto invalidado, dando lugar a las restituciones mutuas, razón por la cual, las mismas deben calcularse frente a los dos negocios jurídicos bajo estudio, atendiendo a los parámetros establecidos en los artículos 961 y siguientes del Código Civil*».

3. De lo antes compendiado puede sacarse en limpio que el veredicto sobre la simulación relativa de las ventas de la nuda propiedad y el usufructo de los bienes, para en su lugar considerar que fueron donaciones, que declaró el juez de la primera instancia, quedó incólume, conclusión ratificada por el Tribunal y que no fue objeto del recurso extraordinario, razón suficiente para omitir su análisis en esta oportunidad.

Pauta metodológica que guía la decisión de la Corte en esta oportunidad, que debe circunscribirse a las secuelas de dicha simulación, en particular, la declaración de nulidad parcial de las donaciones encubiertas, junto con los efectos retroactivos en lo concerniente a restituciones mutuas, que fueron los aspectos cuestionados en el recurso de casación formulado por el actor, con resultado exitoso. Desde luego que guardándose concordancia, en lo que sea pertinente, con los argumentos esbozados por los demandados en el recurso de apelación y lo referente a la consulta de la sentencia.

4. Dentro de esas limitaciones, impuestas por el juicio efectuado en sede de casación, es impertinente estudiar las elucidaciones de los apelantes concernientes a la existencia de la simulación, o que en vez de la donación las partes celebraron una «*dación en pago*», fundada en eventuales obligaciones alimentarias y maritales del demandante con los demandados.

4.1. Los aspectos invocados por estos últimos en la apelación son, básicamente, que las fuentes de la dación en pago eran unas obligaciones derivadas, por una parte, de la sociedad patrimonial surgida de la unión marital que tuvieron el demandante y la codemandada Rubiela, antes de contraer nupcias, la posterior sociedad conyugal nacida de éstas, y por otra parte, de los alimentos debidos por el primero a los hijos comunes, así como pagos que la última hizo de un crédito hipotecario.

Planteamientos que los interesados explicaron en forma amplia, en especial con invocación de varios bienes que, en su sentir, eran de la sociedad conyugal, de las obligaciones alimentarias pendientes con los hijos, en torno a los cuales los padres acudieron a un juzgado de familia para pedir que los gastos de manutención se cubrieran con los frutos de los inmuebles, y que fue hecho confesado por el demandante.

También ripostaron el fallo del juzgado por desconocer las mejoras que acreditaron, y que si el actor continuó en posesión con posterioridad a la fecha de la supuesta venta, no hay razón para condenar al pago de frutos civiles.

4.2. Esos argumentos fueron rebatidos por el actor, quien expuso que la parte demandada aceptó la simulación en su recurso, pero adujo una dación en pago que no es cierta, ya que fue probada la donación para que con los frutos se pagaran los alimentos, a pesar de lo cual fue denunciado por inasistencia alimentaria.

4.3. Como se adelantó, con la sentencia de primera instancia quedó fulminada la discusión alrededor de la existencia de simulación relativa y las donaciones, puntos que ratificó el Tribunal y no fueron tocados en casación, vistos ya los aspectos controvertidos por el demandante en el remedio extraordinario y que se despacharon de manera favorable. De manera que es inviable volver sobre la supuesta dación en pago.

Con todo, hay lugar a modificar la sentencia apelada en estos puntos: a) subsisten parcialmente las donaciones, a favor de los demandados, por lo cual sólo se puede declarar la nulidad de una parte; b) aplicación apropiada de las prestaciones mutuas, que genera la restitución de una cuota de los inmuebles, así como el reconocimiento de frutos y mejoras, en los términos que se explicarán.

5. El juzgado, tras acoger la simulación relativa de los contratos, dispuso que en verdad fueron sendas donaciones para las que, a su vez, decretó la nulidad por falta de insinuación, ordenó cancelar las escrituras públicas en las notaría y sus inscripciones, y condenó a los demandados a restituir los inmuebles al demandante, como también pagarle los frutos civiles desde las presuntas ventas. Se abstuvo de condenar en mejoras por cuanto, adujo, «*no fueron solicitadas*» (folios 459 a 461 del cuaderno 1).

5.1. Así, como la nulidad ordenada por el juez de primer grado fue total y no fueron erradas las prestaciones recíprocas, hay lugar a corregir esa decisión, para en su

lugar, disponer la nulidad de una fracción, esto es, en el exceso del valor permitido libremente para las donaciones, tesis contra la que, por cierto, fue montado otro de los cargos del demandante en el recurso de casación, que no fue acogido, a cuyo propósito apuntó la Corte:

2. Sobre el particular, la jurisprudencia ha sido pacífica al entender que los alcances de la modificación legislativa de 1989 no son otros que, por una parte, facultar al notario donde antes sólo podía obrar el juez, y por otra, aumentar y actualizar el parámetro cuantitativo del requisito de la insinuación; de donde acertadamente se infiere que cualquier negocio jurídico celebrado en cuantía inferior a la establecida por el legislador, o la porción de aquél que no supere dicho baremo, conserva su validez en razón a la naturaleza y finalidad de la referida exigencia.

En efecto, al analizar la cuestión y establecer la correcta hermenéutica de las disposiciones involucradas, la Sala señaló:

“El decreto 1712 de 1989, que modificó el precepto 1458 del código civil, estatuye en su primer inciso, en lo pertinente, que ‘corresponde al Notario autorizar mediante escritura pública, las donaciones cuyo valor exceda la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales (...)’.

“Y aferrado a la letra del precedente inciso, estima el censor que la donación no insinuada que sobrepase el aludido tope es absolutamente nula en su totalidad y no, como se decretó, nula tan sólo en cuanto exceda de ese límite, aduciendo que, a diferencia del precepto 1458, la norma vigente no estatuye la validez parcial del contrato en eventos semejantes, de manera que han de aplicarse los artículos 1740 y 1741 de esa codificación que consagran la nulidad de todo el acto o contrato.

“Pero tal parece que en su labor hermenéutica no paró mientes el impugnante en el inciso 2º del referido decreto, conforme al cual ‘las donaciones cuyo valor sea igual o inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, no requieren insinuación’. Y atendidos los términos de este segundo inciso, forzoso es

concluir que la nulidad por carencia de autorización sólo operará en tanto la donación exceda de esa suma, ya que lo demás sería exigir insinuación también para la cantidad menor, contrariando, ahí sí, la expresa disposición legal.

“Y, contra lo opinado por el censor, la interpretación en comento en ninguna forma se opone a lo dispuesto por el artículo 1740 del código civil, según el cual ‘es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes’; pues la insinuación y la nulidad que su carencia acarrea están referidas nada más que a la cuantía de la donación, por lo que nada se opone que el contrato sea válido hasta la mencionada suma en la medida en que la ley no prescribe para ello la aludida autorización.

“Es que, bien mirado el asunto, en lo fundamental la modificación al artículo 1458 no consistió más que en aumentar, por razones obvias, de dos mil pesos a cincuenta salarios mínimos el valor a partir del cual la donación ha de ser insinuada y de otro lado, en facultar al notario para otorgar la correspondiente autorización en los eventos ‘en que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal’.

“Por lo demás, vistas las cosas desde la perspectiva que viene de analizarse, no podría concluirse más que la finalidad de la insinuación, que obedece a ‘intereses de orden superior’, no es en el fondo otra que la de proteger al donante, quien en tal virtud, antes como ahora deberá demostrar para obtener esa autorización que conserva lo necesario para su congrua subsistencia (artículo 3º decreto 1712 de 1989), lo cual explica que el comentado requisito sea en lo esencial meramente cuantitativo. Al fin y al cabo, hay que decirlo, donar no es de ninguna manera un acto ilícito; jamás lo ha sido y muy seguramente jamás lo será; y al punto resulta ser así que la ley nunca ha mirado con malos ojos, desconfiadamente, a quien es magnánimo, bienhechor con sus congéneres. Antes bien, aceptando la filantropía y el altruismo de algunos, adopta medidas, como de hecho lo es la insinuación, para precaver que

esa generosidad no llegue a extremos tales que pueda comprometer su propia subsistencia o la de los suyos”².

3. Abordado nuevamente el tópico bajo estudio se encuentra que los razonamientos trascritos, dado su acierto y buen juicio, conservan actualidad y vigencia, sin que se vislumbren o existan razones ni motivos, como tampoco los aporta el recurrente, para variar lo que hasta ahora ha sido un criterio interpretativo estable, imponiéndose por fuerza reiterar el recto entendimiento que se viene dando al artículo 1458 del Código Civil conforme al texto modificado por el Decreto 1712 de 1989.

En conclusión, deben subsistir de manera parcial las donaciones, puesto que la nulidad sólo puede darse por el exceso, como así, por cierto, fue considerado en la decisión de la Corte precursora de este fallo de reemplazo, donde también quedó elucidado que la valoración debe hacerse con asiento en los avalúos comerciales de los inmuebles y no en los catastrales, estimación que es vinculante y que se trajo a colación al sentarse las bases metodológicas de esta providencia, pues quedó fijado que, según el artículo 3 del decreto 1712 de 1989 y la jurisprudencia decantada en la materia, para verificar el costo de la donación y el límite que hace necesaria la insinuación, debe acudirse a «*la prueba fehaciente del valor comercial del bien*»; tópico sobre el que no es necesario insistir.

5.2. Para esos efectos debe atenderse al primer dictamen pericial aducido en el proceso, pues amerita credibilidad y no pudo probarse la objeción, como ya expresó la Corte en la sentencia antecedente.

² Sent. Cas. Civ. de 16 de diciembre de 2003, exp. 7593; reiterada, entre otras, en Sent. Cas. Civ. de 24 de noviembre de 2010, exp. 15076.

En la primera experticia se valoraron los bienes para 2004, época de los contratos, así: \$41.748.000 el apartamento y \$71.270.000 la casa. En el segundo dictamen, efectuado a propósito de la objeción de los demandados, rendido el 19 de diciembre de 2008, después aclarado y complementado (folios 296 y ss., 385 a 403, 409 a 411 del cuaderno principal), se conceptuó que los valores eran de \$40.000.000 y \$75.000.000, respectivamente.

El juez de primera instancia declaró infundada la objeción, en el numeral primero de su resolución, la que se ratifica ahora, de atender que la Sala sobre ese particular estimó que los dictámenes fueron precisos, debidamente soportados e idóneos para acreditar el valor comercial de los predios en el mercado, según las leyes de la oferta y la demanda, se sometieron a contradicción y muestran eficacia demostrativa; argumentos que sirvieron para casar la sentencia cuestionada, puesto que en realidad el trabajo pericial inicial tuvo sustento y salió airoso de la acometida surtida en su contra, como muestra, entre otras razones, el hecho de que el segundo llegó a conclusiones similares.

Es más, el cuadro comparativo que esbozó esta corporación, con fundamento en los citados dictámenes, se transcribe enseguida:

Inmueble	Valor registrado en las escrituras públicas	Tasación del 1 ^{er} peritaje ³	Estimación de la 2 ^a experticia ⁴	Cuantía tomada por el Tribunal ⁵
Apartamento ⁶	\$15.460.000,00 ⁷	\$41.748.000,00	\$40.000.000,00	\$15.460.000,00
Casa ⁸	\$22.000.000,00 ⁹	\$71.270.000,00	\$75.000.000,00	\$22.000.000,00

Acorde con lo anterior, habida cuenta que el salario mínimo legal mensual en 2004 era de \$358.000, como la donación máxima permitida sin insinuación es hasta el máximo de 50 cincuenta de esos emolumentos, podía llegar hasta \$17.900.000. De ahí que los cálculos basados en la primera experticia, permiten concluir:

a) El apartamento fue avaluado en ese trabajo por \$41.748.000, la donación fue válida hasta \$17.900.000, que equivalían entonces al 42,88% del inmueble; mientras que fue nula, por falta de insinuación, en el exceso de \$23.848.000, que correspondían al 57,12% del bien, que los demandados deben restituir al demandante.

b) La casa fue avaluada allí por \$71.270.000, la donación fue válida hasta \$17.900.000, que equivalían a la sazón al 25,12% del inmueble; mientras que fue nula, por falta de insinuación, en el exceso de \$53.370.000, que

³ Fl. 300, cdno. 1.

⁴ Fl. 388, cdno. 1.

⁵ Fl. 61, cdno. de 2^a inst.

⁶ Correspondiente al número 101 del bloque B, de la “C 14 4C-24 o K 5 13-131” de Facatativá; matrícula inmobiliaria No. 156-38904.

⁷ Escritura pública 678 del 5 de abril de 2004 de la notaría Segunda del círculo de Facatativá; folios 33 y 33 vuelto, cuaderno 1).

⁸ Ubicada en el lote No. 6 de la urbanización Los Laureles, Calle 15 No. 5-46 de Facatativá; matrícula inmobiliaria No. 156-19031.

⁹ Fls. 25 y 25 vto., cdno. 1.

correspondían al 74,88% del bien, que los demandados deben restituir al demandante.

Los porcentajes de propiedad que quedan se resumen en el siguiente cuadro:

PORCENTAJES DE PROPIEDAD QUE QUEDAN A LAS PARTES, LUEGO DE SUSBSISTIR PARCIALMENTE LAS DONACIONES		
	PABLO EMILIO WILCHES T.	RUBIELA DIAZ, PABLO ESTEBAN Y ANDRES S. WILCHES DIAZ
APARTAMENTO	57,12%	42,88%
CASA	74,88%	25,12%

6. Ahora bien, cual se concluyó en la sentencia del recurso extraordinario y fue recordado antes, los efectos de la nulidad conllevan, entre otras secuelas, a retroceder las cosas al estado en que se hallaban al momento del acto o negocio descalificado, como si este no hubiera existido, en desarrollo de las restituciones mutuas que, como también fue dilucidado, *«deben calcularse frente a los dos negocios jurídicos bajo estudio...»*, acorde con las reglas generales de esas prestaciones y las especiales de la nulidad negocial (arts. 961 y ss., 1746 y concordantes del C.C.).

Devoluciones para cuya finalidad la jurisprudencia tiene sentada la regla de actuación oficiosa del juez, *«sobre la base de considerar que su reclamo está incluido implícitamente en la pretensión de nulidad. Como lo ha venido exponiendo, "... Declarada judicialmente la nulidad de un contrato, las partes deben ser restituidas de jure al estado anterior, y por tanto, la prestación respectiva, que conduce a que la restitución se verifique*

se debe también de jure, y procede en ello oficiosamente la justicia sin necesidad de demanda. Estas prestaciones proceden en razón de la sentencia, y no es posible obligar al demandado a anticiparse al fallo para solicitar lo que sólo puede debérsele como consecuencia de la pérdida del pleito y como prestación a que sólo en ese caso está obligada la contraparte" (G.J. t. XXVII, número 1410, págs. 212 y 213)»¹⁰.

De donde aflora que, a más de la restitución del dominio de los inmuebles en las medidas porcentuales antes depuradas, los efectos de la nulidad en el caso comportan el reconocimiento de los frutos civiles a favor del demandante y de las mejoras a los demandados, por supuesto que en los mismos porcentajes de propiedad, sin descuidar que, además de las reglas legales y técnicas de los dictámenes pertinentes, las restituciones mutuas tienen su fundamento en razones de equidad, como se ha reconocido por la Corte¹¹.

Por otro lado, en la sentencia de casación se decretó un dictamen *«para que se determine con exactitud el valor de la totalidad de los frutos producidos o que hubiesen podido producir los inmuebles identificados con los números de matrícula inmobiliaria 156-38904 y 156-19031 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Facatativá, desde las fechas de suscripción de los contratos anulados hasta el día en que se rinda el informe, y la naturaleza y monto de las mejoras efectuadas desde las mismas calendas»*.

¹⁰ SC de 24 de febrero de 2003, Exp. 6610.

¹¹ SC de 15 de junio de 1995, Exp. 4398.

Prueba practicada y puesta en conocimiento de las partes (folios 117 a 135 del cuaderno de la Corte), actuación en la que se ordenaron unas aclaraciones, a instancia del demandante y por iniciativa oficiosa, que tuvieron la tramitación legal (folios 136 a 159), sin ninguna otra manifestación.

Pues bien, este otro elemento de juicio amerita credibilidad y habrá de tomarse en cuenta para la determinación de frutos y mejoras, aunque con los alcances o límites que se efectúan en cada acápite. Esto en la medida en que tuvo una sustentación apropiada e idónea para la evaluación encomendada, pues explicó las investigaciones que sirvieron de base a las conclusiones, como estudios de precios y aspectos relacionados en el contexto geográfico de ubicación de los inmuebles, a lo que se agrega que se dio a las partes la oportunidad de contradicción, conforme a la ley procesal.

6.1. Sentado lo anterior, debe atenderse que el juez *a quo* fijó los frutos en \$41.360.000, divididos de esta manera: a) \$18.760.000 del apartamento, y b) \$22.600.000 de la casa, con soporte en el primer dictamen, productos tasados hasta la fecha de presentación de ese trabajo, abril de 2008 (folios 296 a 301 y 461 del cuaderno principal). Condena en concreto que debe extenderse «*hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado*», según las voces del artículo 307 del CPC.

Al hacer un corte de la tarea pericial tramitada luego de la casación, actualizada con la aclaración -tablas de los folios 143 y 144 del cuaderno de casación-, los frutos hasta dicho mes de 2008 se calcularon así:

a) \$19.057.813 del apartamento, esto es, con \$297.813 por encima del dictamen de 1ª instancia (\$18.760.000), equivalente a 1,59% de exceso.

b) \$34.475.981 de la casa, con \$11.875.981 por encima del dictamen de 1ª instancia (\$22.600.000), equivalente a 52,54% de exceso.

Por eso, en guarda del principio que limita la reforma en perjuicio de la parte apelante (*reformatio in pejus*), previsto en el artículo 357 del anterior Código Procesal Civil, se rebajan los frutos de los inmuebles en forma proporcional a lo tasado por el juez de primer grado, con base en el dictamen que acogió, pues el demandante no recurrió la sentencia del mismo. Rebaja porcentual de frutos que se explica porque la restricción de no perjudicar a los demandados apelantes, conlleva a que las bases de cálculo de la primera instancia se mantenga también hacia el futuro.

Esas rebajas porcentuales de los frutos calculados en sede de segunda instancia, se compendia en este cuadro:

CUADRO COMPARATIVO ENTRE FRUTOS DEL APARTAMENTO Y DE LA CASA, ENTRE EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA Y LOS CALCULADOS POR EL DICTAMEN EN SEDE DE
--

SEGUNDA INSTANCIA, HASTA ABRIL DE 2008, CON EL PORCENTAJE EN QUE DEBEN REBAJARSE ESTOS ULTIMOS				
	Fallo y dictamen de 1ª instancia, hasta abril 2008	Dictamen en sede de 2ª instancia, hasta abril 2008	Diferencia en exceso del 2º	Dif. porcent. para restar a dictamen en sede 2ª instan.
APTO.	\$18.760.000	\$19.057.813	\$297.813	1,59%
CASA	\$22.600.000	\$34.475.981	\$11.875.981	52,54%

Aparte de lo anterior, del dictamen aquí rendido no puede aceptarse una especie de segunda actualización de los frutos, que se calcularon con base en arrendamientos de los inmuebles, puesto que, por un lado, el valor de esos cánones ya contienen un reajuste anual fundado en el índice de precios al consumidor (IPC), conforme a la ley, de tal manera que debe evitarse otra indexación sobre la primera, y por otro lado, esa corrección monetaria sobre los frutos, además de no haberse solicitado, tampoco fue ordenada en la sentencia de primer grado, que el beneficiario de la condena no apeló, insístese, y así carece de razón reconocerla en segunda instancia, en guarda de la prohibición de reforma peyorativa del apelante, ya citada.

Sobre esto último, si bien el juez de segundo grado debe extender la condena en concreto hasta su decisión, como establece el citado artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, la Sala ha estimado que esas facultades son limitadas cuando el funcionario de primera instancia omitió esa decisión y no apela el afectado, porque ahí no hay cómo *extender* la condena desde que fue omitida, y ese precepto debe conjugarse con las restricciones de empeorar la

situación de quien sí es apelante, prevista en el artículo 357 ibídem¹².

6.2. De manera que recapitulando, con la tasación de frutos efectuada en el dictamen tramitado a raíz de la sentencia de casación, y las otras disquisiciones que se anotaron, cumple hacer estos cálculos:

a) Ese último dictamen tasó los frutos del apartamento en \$81.139.436, más los causados entre 12 de mayo de 2015 y 30 de septiembre de 2016, por \$9.999.430, para un subtotal de \$91.138.866.

Sin embargo, desprovistos de la segunda actualización ya comentada, son por \$61.313.445 y \$9.573.785, que suman \$70.887.230.

De \$70.887.230 se resta el 1,59% (\$1.127.106), que según se calculó, es el porcentaje en que el nuevo dictamen excede al de primera instancia y la sentencia apelada, para evitar la reforma en perjuicio del apelante, y quedan en \$69.760.124.

De esta cifra deben pagar los demandados apelantes al demandante, por frutos del apartamento, en proporción al porcentaje que queda a este en el inmueble (57,12%), hasta 30 de septiembre de 2016, la suma de \$39.846.982.

¹² SC10825-2016, Rad. n.º 08001-31-03-013-2011-00213-01.

Más los meses de octubre a diciembre de 2016, fijado cada uno por \$592.829, deducido el 1,59% de exceso -para evitar reforma en perjuicio del apelante-, son \$583.403, cuyo 57,12% (porcentaje de propiedad del demandante) es de \$333.240 por tres = \$999.720.

Subtotal de frutos proporcionales del apartamento:
\$40.846.702.

b) El mismo estudio técnico tasó los frutos de la casa en \$134.860.824, más los producidos entre 12 de mayo de 2015 y 30 de septiembre de 2016, por \$20.308.188, para otro subtotal de \$155.169.012.

Empero, desprovistos de la segunda actualización ya comentada, son por \$123.136.567 y \$20.220.421, que suman \$143.356.988

De \$143.356.988 se resta el 52,54% (\$75.319.761), que según se calculó, es el porcentaje en que el nuevo dictamen excede al de primera instancia y la sentencia apelada, para evitar la reforma en perjuicio del apelante, y quedan \$68.037.227.

A su vez, de esta cifra deben pagar los demandados apelantes al demandante, por frutos de la casa, en proporción al porcentaje que queda a este en el inmueble (74,88%), hasta 30 de septiembre de 2016, la suma de \$50.946.275.

Más los meses de octubre a diciembre de 2016, canon mensual fijado en por \$1.252.091, deducido el 52,54% de exceso -para evitar reforma en perjuicio del apelante-, son \$657.848, cuyo 74,88% (porcentaje de propiedad del demandante) es de \$492.596, por tres = \$1.477.788.

Subtotal de frutos proporcionales de la casa:
\$52.424.063.

Así, \$40.846.702 del apto. más \$52.424.063 de la casa, da un total de frutos que los demandados deben al actor, hasta 31 de diciembre de 2016, por **\$93.270.765.**

6.3. Los montos de frutos mensuales que deben pagar los demandados apelantes, ya depurados de exceso y en porcentajes de propiedad, en \$333.240 por el apartamento y \$492.596 por la casa, se incrementan a partir de 1º de enero de 2017 con el IPC de 2016, que según el Dane¹³ fue de 5,57% (\$19.061 y \$28.324), quedan en **\$352.301 y \$520.920**, respectivamente.

En adelante y hasta la entrega de los bienes, estos últimos montos de \$352.301 y \$520.920, de 1º de enero de 2018 en adelante y por cada año, se incrementarán en la misma proporción de variación del índice de precios al consumidor, conforme se hizo en el dictamen.

¹³ En <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>

6.4. De otra parte, no hay lugar a exclusión de frutos por el acuerdo alimentario entre las partes, como tampoco por la eventual posesión de la casa por el actor, que alegan los apelantes, primero, porque precisamente el principal motivo que invocó el último para pedir la simulación en este proceso, que alcanzó prosperidad en primera instancia y no puede modificarse ahora, como se anotó, radicó en que la parte demandada rompió ese convenio de obligaciones familiares y denunció a aquel por inasistencia alimentaria.

Segundo, por no haberse probado plenamente la continuidad de la explotación económica de los bienes por el demandante, luego de los contratos aquí cuestionados. Es más, los demandados no pueden aducir eso porque, al contestar la demanda, negaron esa circunstancia, pues al responder el ordinal *m.* del hecho decimocuarto (folio 43 del cuaderno 1, que era el que aludía al punto, dijeron que «*no es cierto que se pruebe*» (folio 146 ídem).

6.5. En el ámbito de las mejoras tampoco asiste razón al fallo apelado en su negativa, pues como viene de verse, esas expensas quedan dentro de las prestaciones recíprocas, que deben ordenarse aún de oficio, naturalmente que con aplicación de la carga de la prueba, o la iniciativa oficiosa cuando fuere hacedera, para aducción de los medios persuasivos correspondientes.

Aquí es pertinente ordenar el reconocimiento de las mismas, visto que fueron calculadas en el laborio pericial rendido en esta sede, conforme al decreto oficioso de la Corte,

medio de convicción que también soportó adecuadamente, por lo que es condigna de crédito para efectos de decidir. Además, la parte demandada adujo el tema en la apelación.

En cuanto a la fecha de esas obras, la eventual realización después de la contestación de la demanda, que es una hipótesis esbozada en la respuesta del auxiliar de la justicia a la solicitud de aclaración del demandante, no impide su reconocimiento, por no estar acreditado que se trate de mejoras útiles o voluptuarias, que son las restringidas para esa etapa posterior, como emana de los artículos 966 y 967 del Código Civil.

Vale la pena recordar que el primero de esos preceptos contempla, entre otras reglas, que el poseedor vencido tiene derecho a que se le abonen las expensas útiles «*hechas antes de contestarse la demanda*» (inc. 1º), mientras que el segundo no autoriza pago de aquellas que son de simple lujo u ornato.

De lo apuntado por el perito puede deducirse, en forma razonable y dentro de las pautas de equidad o equilibrio invocadas en renglones precedentes, que las mejoras consistieron en obras de «*remodelación*» y mantenimiento de los bienes, que son indispensables en toda clase de inmuebles para se preserven en buen o regular estado de conservación, pues de lo contrario, los predios habrían tenido un deterioro o se habrían desmejorado con el paso del tiempo por el uso corriente.

El experto justificó la aclaración planteada por la parte demandante, en relación con la depreciación de las obras correspondientes, y concluyó que las mejoras actualizadas a la época del dictamen tienen estos valores: del apartamento la suma de \$4.729.886 y de la casa la suma de \$34.126.207 (folios 117 a 128, 149 y ss. del cuaderno de la Corte).

Con base en esas cifras, el demandante deberá pagar mejoras a los demandados conforme a los porcentajes de propiedad que quedan a él en estos, mas no lo que corresponde a los últimos, así: 57,12% del apartamento, igual a **\$2.701.710**, y 74,88% de la casa que equivalen a **\$25.553.703**, valores que suman **\$28.255.413**.

Estas últimas sumas de mejoras, se actualizarán a partir 1º de octubre de 2017 en adelante y mensualmente, por ser una suma única, en la misma proporción de variación del índice de precios al consumidor. No se dispondrá más depreciación de esas mejoras, por cuanto con la sentencia surge la exigibilidad de la obligación de cancelarlas.

7. En el tema de la consulta a favor de quien estuvo representado por curador ad litem, en aplicación del artículo 389 del Código de Procedimiento Civil, antes de ser modificado por la ley 1395 de 2010, no se observa irregularidad alguna que pueda afectar a la codemandada Francy Elena Londoño Gutiérrez, que en su momento se emplazó.

Es más, ella es totalmente ajena a la simulación aquí debatida, pues actuó como vendedora de uno de los inmuebles, que según las instrucciones del demandante, se hizo a favor de la ex cónyuge del último, Rubiela Díaz, e hijos comunes, a quienes sí concierne esa pretensión.

8. Corolario de lo anotado es que se modificará la sentencia objeto del recurso de apelación, en los términos esbozados, vale decir, disponer que las donaciones que salieron a flote en la simulación, son nulas únicamente en cuanto excedieron los montos que no requerían insinuación, con la precisión de los porcentajes correspondientes, como también ordenar las prestaciones recíprocas retroactivas en los términos ya explicados.

Por la prosperidad parcial del recurso de apelación, la Corte se abstendrá de imponer condena en costas de segunda instancia; pero se mantendrá la condena que impuso el juzgado por la primera instancia (art. 392 del Código de Procedimiento Civil).

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en sede de segunda instancia, **modifica** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, en el proceso ordinario de Pablo Emilio Wilches Tumbía contra Francy Elena Londoño Gutiérrez, Rubiela Díaz Vela, Pablo

Esteban y Andrés Sebastián Wilches Díaz, en los siguientes términos:

Primero. Confirmar los numerales *Primero, Segundo, Tercero, Sexto, Décimo y Undécimo*.

Segundo. Modificar los otros numerales, que quedarán así:

CUARTO: Declarar que el negocio real fue una donación entre los antes mencionados demandante y demandados, y por consiguiente, declarar la nulidad de la donación en lo que excedió del equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes en 2004.

En consecuencia, los demandados Rubiela Díaz Vela, Pablo Esteban y Andrés Sebastián Wilches Díaz, quedan con el usufructo y la nuda propiedad, respectivamente, del 42,88%, mientras que el demandante Pablo Emilio Wilches Tumbía queda con el 57,12% de la propiedad plena, respecto del apartamento 101, bloque B, de la «C 14 4C-24 o K 5 13-131» de Facatativá, matrícula inmobiliaria 156-38904 de la oficina de registro de allí mismo, a que se refiere la escritura pública 678 del 5 de abril de 2004, otorgada en la Notaría 2ª de Facatativá.

QUINTO: Ordenar la cancelación parcial de los negocios contenidos en la citada escritura pública 678 del 5 de abril de 2004, otorgada en la Notaría 2ª de Facatativá, en cuanto al porcentaje de propiedad plena que queda a favor del

demandante Pablo Emilio Wilches Tumbía. Se ordena también inscribir lo aquí decidido sobre cancelación parcial de esos negocios, en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria, para que se tome nota de los porcentajes de propiedad que se decantaron. Líbrense las comunicaciones pertinentes.

(...)

SEPTIMO: Declarar que el negocio real fue una donación entre los antes mencionados demandante y demandados, y por consiguiente, declarar la nulidad de la donación en lo que excedió del equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes en 2004.

En consecuencia, los demandados Rubiela Díaz Vela, Pablo Esteban y Andrés Sebastián Wilches Díaz, quedan con el usufructo y la nuda propiedad, respectivamente, del 25,12%, mientras que el demandante Pablo Emilio Wilches Tumbía queda con el 74,88% de la propiedad plena, respecto del inmueble situado en la calle 15 N° 5-46, Casa N° 6, manzana A, Urbanización Los Laureles de Facatativá, matrícula inmobiliaria 156-19031 de la oficina de registro de ese municipio, a que se refiere la escritura pública 2098 de 8 de noviembre de 2004, otorgada en la notaría 1ª de la misma ciudad.

OCTAVO: Ordenar la cancelación parcial de los negocios contenidos en la citada escritura pública 2098 de 8 de noviembre de 2004, otorgada en la Notaría 1ª de Facatativá, en cuanto al porcentaje de propiedad plena que queda a favor del demandante Pablo Emilio Wilches Tumbía. Se ordena también inscribir lo aquí resuelto sobre cancelación parcial de

esos negocios, en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria, para que se tome nota de los porcentajes de propiedad antes referidos. Líbrense las comunicaciones pertinentes.

NOVENO: Disponer las restituciones mutuas en estos términos:

*a) Los demandados Rubiela Díaz Vela, Pablo Esteban y Andrés Sebastián Wilches Díaz, deberán pagar al demandante, por conceptos de frutos civiles y una vez quede en firme esta sentencia, hasta 31 de diciembre de 2016 la suma de **\$93.270.765**, que los cubren hasta 31 de diciembre de 2016; más **\$352.301** y **\$520.920 mensuales**, a partir de 1º de enero de 2017, por los porcentajes del apartamento y de la casa, respectivamente.*

Estos montos de \$352.301 y \$520.920, hasta la entrega de los bienes, se incrementarán cada año, a partir de 1º de enero de 2018, en la proporción de variación del índice de precios al consumidor.

*b) El demandante deberá pagar a los demandados Rubiela Díaz Vela, Pablo Esteban y Andrés Sebastián Wilches Díaz, por concepto de mejoras y una vez quede en firme esta sentencia, la suma de **veintiocho millones doscientos cincuenta y cinco mil cuatrocientos trece pesos (\$28.255.413)**.*

Estas sumas de mejoras, se actualizarán a partir 1º de octubre de 2017 en adelante y mensualmente, en la misma proporción de variación del índice de precios al consumidor.

Las partes podrán hacer las compensaciones pertinentes.

Tercero. El juzgado de primera instancia deberá emitir las órdenes e instrucciones, constancias y comunicaciones adicionales que sean necesarias para el cabal cumplimiento de esta decisión.

Cuarto. En oportunidad devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese y notifíquese.

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

ALVARO FERNANDO GARCIA RESTREPO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA