

PROCESO:	VERBAL SEGUNDA INSTANCIA
DEMANDANTE:	FABIÁN ALONSO CAICEDO VÉLEZ
DEMANDADOS:	JORGE HOLVEY ORJUELA Y OTROS
RADICADO:	63001400300120170035301

JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO

Armenia, veintitrés (23) de junio de dos mil veinte (2020)

Corresponde ahora al Juzgado a dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso verbal adelantado por FABIÁN ALONSO CAICEDO VÉLEZ contra JORGE HOLVEY ORJUELA y otros, proveniente del Juzgado Primero Civil Municipal de Armenia.

DE LA DEMANDA

El señor FABIÁN ALONSO CAICEDO VÉLEZ, mediante escrito que dio inicio a este proceso radicado por mandataria judicial consignó en él las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: La declaración de la nulidad absoluta del Contrato de Compraventa celebrado entre los señores FABIÁN ALONSO CAICEDO VÉLEZ y el señor JORGE HOLVEY ORJUELA, mediante escritura pública No. 400 de fecha 20/03/2014 corrida en la Notaría Segunda de Calarcá” que versó sobre la compraventa del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 280-180874, siendo el primero vendedor y el segundo comprador. Seguidamente se refiere la identificación del predio

“SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración se deje sin valor y efecto el presunto contrato de compraventa consignado en el mencionado instrumento público”.

“TERCERA: Que se declare que pertenece en dominio pleno y absoluto al señor FABIÁN ALONSO CAICEDO VÉLEZ” el inmueble con folio de matrícula 280-180874, reseñándose de nuevo la identificación del bien.

“CUARTA: Que como resultado de ello se declare la ineficacia del otorgamiento de la Hipoteca y el consiguiente proceso ejecutivo hipotecario instaurado ante el Juzgado Quinto Civil Municipal de Armenia (Q.) bajo el radicado No. 63001400300520140027300”

Pide en quinto lugar que se decrete la suspensión por prejudicialidad de dicho proceso ejecutivo, como sexto, la cancelación del embargo y secuestro que pesen sobre el inmueble, que se ordene a la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos que se cancele a la anotación No. 4 y que se condene a los demandados a indemnizar y pagar al demandante los daños y perjuicios sufridos.

En subsidio, pretendió, además de reiterar las pretensiones anteriores, se modificó la pretensión segunda en la que se establece:

“SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración se deje sin valor y efecto el presunto contrato de mutuo consignado en el mencionado instrumento público.”

Los hechos que sirvieron de base a las pretensiones anteriores se compendian como sigue:

1. El señor FABIÁN ALONSO CAICEDO VÉLEZ adquirió mediante venta que le hiciera el señor DARÍO LÓPEZ ALBA mediante escritura pública 506 de la Notaría Quinta de Armenia el inmueble identificado con el folio de matrícula 280-180874.
2. Que el demandante nunca lo ha vendido ni prometido en venta. Por medios fraudulentos, a través de la Escritura Pública No. 400 del 20 de marzo de 2014 efectuada en la Notaría Segunda de Calarcá se llevó a efecto la venta de tal inmueble a un señor JORGE HOLVEY ORJUELA, apareciendo el señor CAICEDO VÉLEZ como vendedor, pero el nunca firmó tal instrumento y para la fecha se encontraba fuera del país. Tal venta fue inscrita en el folio de matrícula del inmueble ya referenciado.
3. Que fue por esto por lo que el 19 de mayo de 2017 procedió a radicar denuncia ante la Fiscalía General de la Nación por la comisión de los delitos de falsedad en instrumento público y suplantación de identidad.
4. Que el señor JORGE HOLVEY ORJUELA posteriormente hipotecó el inmueble a la señora MARÍA MERCEDES FLÓREZ ALZATE mediante la escritura pública 1414 del 5 de junio de 2014 de la Notaría Tercera de la ciudad. Ante el incumplimiento en el pago, la referida señora instauró proceso ejecutivo con acción real contra el deudor referido que se lleva por el Juzgado Quinto Civil Municipal, registrándose

en el folio de matrícula del inmueble medida cautelar de embargo, para el día 12 de diciembre de 2014.

5. Posteriormente el demandado vendió a la señora RUBY GÓMEZ YANCES mediante escritura pública del 22 de octubre de 2014 No. 2250 de la Notaría Quinta de Armenia, la cual no fue registrada por aparecer anotación de prohibición judicial de enajenar, la cual aparece en la anotación 007 del 20 de abril de 2016. A su vez, ella vendió el bien al señor CARLOS FAURICIO TAUTIVA GÓMEZ, la que tampoco se encuentra registrada.
6. Que el reclamante se encuentra privado de la posesión del bien, que ha gastado la suma de \$3.303.360 como defensa del lote. Da cuenta adicional de una acción de tutela instaurada y la conciliación celebrada.

La demanda fue admitida por auto del 16 de agosto de 2017.

OPOSICIÓN

La señora MARÍA MERCEDES FLÓREZ ALZATE contestó la demanda diciendo respecto de los hechos que en su mayoría no le constan, pero que su contrato fue celebrado revisando los documentos necesarios para la hipoteca, que no hay lugar a suspender el proceso ejecutivo, que ella no tiene nada que ver con los hechos que perjudicaron al demandante y se opone a cualquier condena que se haga en su contra. Propone como excepción de mérito “INOCORRECTA FORMA DE RECLAMAR” pues dice que la demanda es confusa porque no hay nulidad respecto de la hipoteca, cuando no hay pruebas o indicios sobre la participación de la señora MARÍA MERCEDES en los hechos que se denuncian.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 6 de febrero de 2020, el Juzgado Primero Civil Municipal dictó sentencia en el proceso de la referencia, declarando prósperas las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad absoluta de la Escritura Pública 400 del 20 de marzo de 2014 por ausencia de consentimiento del vendedor, el señor FABIÁN ALONSO CAICEDO VÉLEZ. Seguidamente señala que se le debe tener como legítimo propietario, dispone dejar sin efectos la escritura mencionada.

En lo que concierne a la hipoteca, declara impróspera la excepción denominada “incorrecta forma de demandar” formulada por la señora MARÍA MERCEDES FLÓREZ ALZATE y ordena dejar sin efectos por ineficacia jurídica la escritura pública 1414 del 5 de junio de 2014 otorgada en la Notaría Tercera de Armenia y ordena poner en conocimiento la sentencia de la Fiscalía y el Juzgado Quinto Civil Municipal. Dispone igualmente la entrega del bien al demandante y la cancelación de las anotaciones relacionadas con la hipoteca.

IMPUGNACIÓN

La sentencia fue recurrida por la codemandada MARÍA MERCEDES FLÓREZ ALZATE. Su disenso se contrae a lo siguiente:

1. Que la prueba que fue irregularmente incorporada al proceso como lo fue el dictamen grafológico ordenado por la Fiscalía General de la Nación dentro de una Investigación Penal que allí cursa que milita a folio 158 y siguientes del expediente principal, el cual fue presentado por la apoderada del demandante por fuera de las oportunidades procesales establecidas en el Estatuto procedimental Civil para pedir o aportar pruebas. Además, los movimientos migratorios del ciudadano FABIAN ALONSO CAICEDO VELEZ no tiene la contundencia suficiente para arribar a la conclusión que en el contrato de compraventa objeto del proceso no existió consentimiento de la parte vendedora en el acto o contrato.
2. Que el fallo impugnado el señor Juez estimó que el comportamiento de la codemandada fue totalmente ajeno a los hechos que motivaron la declaratoria de la nulidad del contrato de manera que su actuación que motivó la vinculación a este proceso estuvo precedida de buena fe. Se vale de la sentencia M. P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ SC9184-2017 Radicación nº 11001-31-03-021-2009-00244-01 veintiocho de junio de dos mil diecisiete, indicando que se apreció erróneamente que aplica para la resolución contractual. Cita igualmente la sentencia M. P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ SC9184-2017 Radicación nº 11001-31-03-021-2009-00244-01 veintiocho de junio de dos mil diecisiete.
3. Señala adicionalmente que no se analizó, ni se realizó consideración alguna sobre el estado jurídico del bien y dentro del cual la señora María Mercedes Flórez Tiene plantadas unas mejoras que se acreditaron con la inspección judicial practicada por el juzgado Primero Civil Municipal.

Como no se advierte nulidad que decretar respecto de lo actuado en primera instancia, se procederá a decidir de mérito, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

La demanda cumplió con los requisitos generales previstos en el Código General del Proceso, esta funcionaria es competente para conocer en segunda instancia, los intervinientes tienen capacidad para ser parte y comparecer a juicio, siendo todos personas naturales mayores de edad, quienes finalmente ejercieron el derecho de postulación, los que no respondieron al llamado mediante edicto están siendo representados por curador ad litem.

2. PROBLEMA JURÍDICO

La censura la sentencia de primera instancia se puede compendiar en los siguientes interrogantes: ¿No puede valorarse el dictamen pericial aportado por ser indebidamente aportado? ¿Es inoponible a la codemandada MARÍA MERCEDES FLÓREZ ALZATE la nulidad formulada por el demandante? ¿Debe reconocerse mejoras a la codemandada MARÍA MERCEDES FLÓREZ ALZATE?

3. ASPECTOS JURÍDICOS

3.1. DE LA INOPONIBILIDAD

Sobre el tema indicó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC 3201 de 2018:

“d) Cuando se trata de bienes sujetos a registro, la declaración de invalidez no le es oponible al tercero poseedor a título oneroso que adquirió el bien con anterioridad a la inscripción de la demanda de nulidad en el registro público.

En efecto, en caso de bienes sujetos a registro, si el subadquirente de un bien sometido a esa formalidad lo adquiere con el conocimiento de que no hubo fraude ni otro vicio en el negocio, porque así lo demuestra el registro público, entonces la publicidad de la situación jurídica del bien es garantía de la legitimidad de su derecho, por lo que no podría resultar perjudicado por hechos anteriores que no constaban en el registro al momento de su adquisición; a menos que por otro medio se demuestre su mala fe. En ese caso la declaración de invalidez o ineficacia no surte efectos frente a los terceros que adquirieron el bien con anterioridad a la inscripción en el registro de la situación que podría amenazar su derecho, es decir que la invalidación del acto les es inoponible.

La anterior excepción surgió en el derecho moderno porque «los ordenamientos, teniendo en cuenta la necesidad de dar a conocer del público en general o, mejor, de cualquier interesado la celebración de determinados negocios jurídicos o el estado de ciertos derechos, previenen la presencia de registros públicos en los cuales se han de inscribir los actos de constitución, de transferencia, o de gravamen, de suerte que, una vez producida la respectiva inscripción, nadie puede ignorar la ocurrencia del hecho o, para el caso, del negocio en cuestión, o sea que aquella lo vuelve universalmente oponible y, a la inversa, mientras no se produzca tal anotación, el tercero puede desconocerlo legítimamente, esto es, ignorar su ocurrencia. Con la salvedad de que en determinados eventos y circunstancias podría llegarse a sostener la oponibilidad del suceso respecto del tercero que tuvo la noticia de él por otro medio o, inclusive, que legítimamente no podía ignorarlo o se presume que lo supo. Si bien la ausencia de la correspondiente formalidad de publicidad, ante todo consistente en la inscripción del acto en el correspondiente registro público, garantiza la inmunidad del tercero, no es menos cierto que, estando éste al tanto de la celebración de aquél, por información directa, informal, no le sería lícito alegar su ignorancia. La inoponibilidad se predica de terceros de buena fe, que son los que desconocían la celebración del negocio, pudiendo ignorarla”.

E indicó en la sentencia SC 9148 de 2017:

“La nulidad es una acción dirigida a hacer desaparecer el acto viciado, cuya característica es la destrucción del negocio con efecto retroactivo, es decir como si no se hubiera celebrado jamás, por lo que las cosas deben volver al estado en que se encontraban

antes de su ejecución.¹ La inoponibilidad, en cambio, es la ineptitud frente a terceros de buena fe, de un negocio jurídico válido entre las partes, o de su declaración de invalidez.

Es decir que la inoponibilidad es una garantía que tienen los terceros adquirentes de buena fe para que un negocio del que no hicieron parte no los afecte cuando no se cumplió el requisito de publicidad; de suerte que ni su celebración ni su eventual nulidad pueden perjudicarlos, por lo que la declaración judicial que se haga respecto de la validez de aquel acto no tiene la aptitud de afectar su propio derecho legítimamente conseguido. La inoponibilidad valora la confianza razonable de los terceros de buena fe en aquellos negocios que se presentan objetivamente como válidamente celebrados.

«En términos generales, terceros son todas aquellas personas extrañas a la convención. Todos aquellos que no han concurrido con su voluntad a su generación. Toda persona que no es parte, es tercero».² Son terceros relativos quienes no tuvieron ninguna intervención en la celebración del contrato, ni personalmente ni representados, pero con posterioridad entran en relación jurídica con alguna de las partes, de suerte que el acto en el que no participaron podría acarrearles alguna lesión a sus intereses, por lo que les importa establecer su posición jurídica frente al vínculo previo del que son causahabientes, y esa certeza sólo la pueden adquirir mediante una declaración judicial; como por ejemplo el comprador, el acreedor hipotecario, el acreedor quirografario, el legatario, el donatario, el cesionario, etc. Son terceros absolutos (*penitus extranei*) todas las demás personas que no tienen ninguna relación con las partes, por lo que el vínculo jurídico no les concierne ni les afecta de ninguna manera, pues sus consecuencias jurídicas no los alcanzan en virtud del principio de relatividad de los efectos del negocio jurídico; o sea que carecen de todo interés en la causa.

Para que una persona pueda beneficiarse de la invocación de la inoponibilidad, tiene que ser un tercero relativo al que la celebración del contrato, su nulidad, simulación, o cualquier efecto entre las partes, no puede degradar su posición jurídica por ser un adquirente *in loco domini*, es decir que su derecho deriva legítimamente del *dominus*; de manera que la suerte que corra el acto ajeno (válido o inválido entre las partes) en virtud de una declaración judicial, tendrá que respetar y reafirmar el carácter incuestionable de su propio derecho.

¹ Arturo ALESSANDRI BESA. La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. t. i. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 86.

² Raúl DIEZ DUARTE. La simulación de contrato en el Código Civil Chileno. Santiago de Chile, 1957. p. 64.

Para que un tercero se beneficie de la inoponibilidad no es necesario que la validez del negocio celebrado entre las partes sea incontrovertible, pues a menudo acontece que un tercero adquirente de buena fe invoca la eficacia del negocio jurídico que fue declarado nulo o simulado, del cual emanó su actual derecho; en cuyo caso no le interesa que no lo alcancen los efectos de un negocio válido e incontrovertible entre las partes, sino todo lo contrario, esto es que se tenga como válido frente a su calidad de tercero un negocio jurídico que carece de eficacia entre los celebrantes, pues *“la creación de una apariencia engañosa resulta de una conducta de la que habrá que responder”*.³ En tal evento –se reitera– su interés no radica en la inoponibilidad del acto que es válido entre las partes sino en la inoponibilidad, frente a su calidad de tercero, de la nulidad o simulación del negocio jurídico que es ineficaz entre las partes.

3.2. DE LAS RESTITUCIONES MUTUAS

La misma Corporación señaló el deber del juez de pronunciarse sobre la materia ante la declaratoria de nulidad, para retrotraer las cosas al estado precontractual. Dijo en la sentencia SC 1078 de 2018:

“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)» .

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

³ Federico DE CASTRO Y BRAVO. Tratado práctico y crítico de derecho civil. t. X (El negocio jurídico). Madrid: Civitas, 1985. p. 363.

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 Corte.” (Lo destacado es del Juzgado)

4. CASO CONCRETO

Pasando al examen del sub júdice, como se indicó en precedencia, se estudiarán primero los aspectos probatorios, seguidamente se pasará al estudio de la inoponibilidad de la nulidad de la compraventa a la acreedora hipotecaria y se clausurará con el estudio de las restituciones mutuas.

4.1. DEL DICTAMEN PERICIAL CUESTIONADO

Indica el Art. 29 de la Constitución Nacional en lo pertinente: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Prescribe el Artículo 173 del Código General del Proceso:

“ARTÍCULO 173. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.

En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado. El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.

Las pruebas practicadas por comisionado o de común acuerdo por las partes y los informes o documentos solicitados a otras entidades públicas o privadas, que lleguen antes de dictar sentencia, serán tenidas en cuenta para la decisión, previo el cumplimiento de los requisitos legales para su práctica y contradicción.”

En este caso tenemos que había otros remedios procesales que se dejaron de usar en su momento y que habilitaron que el dictamen pericial se tuviera en cuenta y se analizara. Observa la esta funcionaria que en primer orden, en la audiencia inicial no se interpusieron recursos contra el auto que decreto desapruueba.

Comparte el despacho las apreciaciones sobre la anomalía en su en su incorporación pero es anomalía no lleva que se aplique la nulidad de la prueba esta concebida en la Constitución porque:

1. No fue objeto de recursos el auto que decretó la prueba
2. No fue tampoco pasible de contradicción: pidiendo la citación del perito o aportando un nuevo dictamen, como lo establece el Art. 228 del Código General del Proceso.
3. Efectivamente, como lo indicó la apoderada del demandante en su momento ella solicitó que se incorporaran en su momento en las diferentes piezas procesales o actuaciones que se habrían surtido por parte de la Fiscalía General de la Nación
4. Si fue anómalo es la presentación del dictamen en la fase integración del contradictorio pero, se debió atacar fue mediante recursos en su momento esa situación y sólo se cuestionó en la audiencia instrucción de juzgamiento

4.2. DE LA INOPONIBILIDAD DE LA NULIDAD A LA ACREEDORA HIPOTECARIA

Dice el Art. 1748 del Código Civil: “La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales”.

Sobre este artículo dice la Sentencia SC 3201 ya citada:

“Ahora bien, aun cuando es cierto que el artículo 1748 consagra la acción reivindicatoria contra terceros poseedores, luego de declarada judicialmente la nulidad, no es menos verdadero que esa disposición establece que ello es así “sin perjuicio de las excepciones legales”. Entre las excepciones que establece la ley se encuentran:

(...)

d) Cuando se trata de bienes sujetos a registro, la declaración de invalidez no le es oponible al tercero poseedor a título oneroso que adquirió el bien con anterioridad a la inscripción de la demanda de nulidad en el registro público.

En efecto, en caso de bienes sujetos a registro, si el subadquirente de un bien sometido a esa formalidad lo adquiere con el conocimiento de que no hubo fraude ni otro vicio en el negocio, porque así lo demuestra el registro público, entonces la publicidad de la situación jurídica del bien es garantía de la legitimidad de su derecho, por lo que no podría resultar perjudicado por hechos anteriores que no constaban en el registro al momento de su adquisición; a menos que por otro medio se demuestre su mala fe. En ese caso la declaración de invalidez o ineficacia no surte efectos frente a los terceros que adquirieron el bien con anterioridad a la inscripción en el registro de la situación que podría amenazar su derecho, es decir que la invalidación del acto les es inoponible.”

Si bien en términos generales se puede reivindicar por el afectado por la nulidad, la jurisprudencia ha señalado que, cuando media registro, se dio publicidad al acto, tornándose inoponible la nulidad respecto de aquellos que actuaron de buena fe prevalidos de tal publicidad.

Debe decir este despacho que sí asiste la razón al apoderado de la señora María Mercedes, resulta que no es el primer caso, hay abundante jurisprudencia como la citada en precedencia sobre la inoponibilidad de la ineficacia de un negocio jurídicos a aquellos terceros de buena fe, que posteriormente celebraron actos amparados en la apariencia de buen derecho que tenía el acto nulo.

Así las cosas, en este asunto tenemos dos contratos:

1. La Escritura Pública No. 400 del 20 de marzo de 2014 efectuada en la Notaría Segunda de Calarcá se llevó a efecto la venta de tal inmueble a un señor JORGE HOLVEY ORJUELA, apareciendo el señor CAICEDO VÉLEZ como vendedor, nulidad que se probó en el proceso, como ya se indicó.
2. El señor JORGE HOLVEY ORJUELA posteriormente hipotecó el inmueble a la señora MARÍA MERCEDES FLÓREZ ALZATE mediante la escritura pública 1414 del 5 de junio de 2014 de la Notaría Tercera de la ciudad.

Así tenemos que, a pesar de la nulidad que evidentemente se demostró de la Escritura 400 del 20 de marzo de 2014, no se cuestionó la validez de la Escritura Pública 1414 del 5 de junio del mismo año. Como lo indica la jurisprudencia citada, la parte demandante

debía demostrar la mala fe de la acreedora hipotecaria, toda vez que la buena fe objetiva se presume.

Dice el Art. 83 de la C.N._ “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.”

Así las cosas, como los actos jurídicos, en especial las escrituras públicas están dotadas de una presunción de validez y eficacia, corresponde a la parte demandante la carga probatoria de acreditar, tanto la nulidad como la mala fe, pues quien alega prueba (Art. 167 del C.G.P.) y en este proceso nunca se cuestionó la validez de la hipoteca ni se invocó ninguna causal de nulidad.

Y es que, no puede decirse, que por la falsificación de la firma en un primer negocio jurídico, se siga de manera automática la nulidad de los actos jurídicos que se den posteriormente, ni puede decirse que respecto de éstos hay ilicitud en el objeto o en la causa, pues la existencia previa de un delito no genera tal vicio y menos, cuando la codemandada MARÍA MERCEDES está prevalida de la protección que brinda el principio general del derecho que implica la buena fe.

No se comprende entonces cómo el fallador de primer grado generó la cadena de nulidades cuando respecto de la hipoteca no hay ninguna irregularidad ni vicio, cuando no hay prueba alguna que permita inferir mala fe de la codemandada y cuando hay abundante respaldo jurisprudencial respecto de la protección a terceros contratantes de buena fe y la aplicación respecto de estos de la inoponibilidad.

Así las cosas, respecto de las pretensiones relacionadas con la hipoteca mencionada, se procederá a declarar próspera de oficio la excepción de mérito denominada inoponibilidad de la nulidad absoluta declarada, así no haya sido explícitamente pedida, pues debe ser reconocida de oficio por el juez, como lo indica el Art. 282 del C.G.P.

En consecuencia, ninguna manifestación deberá hacerse respecto del proceso ejecutivo, máxime cuando un juez no puede invalidar lo actuado por otro, a lo sumo cabe la suspensión por prejudicialidad, pero ante la inoponibilidad, la hipoteca en nada queda afectada.

4.3. DE LAS RESTITUCIONES MUTUAS

Como también lo ha definido la jurisprudencia, cuando el Juez decreta la nulidad absoluta debe retornar de manera oficiosa a las partes al estado precontractual. Así las cosas, si quien recibió el bien ejecutó mejoras, deben reconocérsele analizando si actuó no de buena fe y a aquel al que debe retornársele, se le debe hacer el respectivo reconocimiento de frutos por aquello que dejó de percibir.

En este caso, ante la inoponibilidad que prospera a favor de la codemandada MARÍA MERCEDES FLÓREZ, ninguna pretensión consecuencial debe imputársele ni debe hacérsele condena alguna.

Se erró en la sentencia al hacer alusión al tema de indemnizaciones, pues lo que se prescribe en caso de nulidades es lo que corresponde al tema de restituciones mutuas, pues la responsabilidad, que es la que da nacimiento a las indemnizaciones, tiene génesis en una conducta culposa, dolosa o en el incumplimiento contractual; por eso, cuando se trata de ineficacia, se habla de restituciones, no de indemnizaciones, incluso, sino hay contrato, habría que analizar los elementos propios de la responsabilidad civil extracontractual.

En principio, como el otro contratante fue el señor JORGE HOLVEY ORJUELA y es el que debe restituir al demandante, es él el que debe asumir el pago de los frutos, éstos se estimaron en la demanda en la suma de \$23.303.360, juramento estimatorio que hace plena prueba toda vez que no fue objetado por las partes, como lo establece el Art. 206 del C.G.P. Si bien él señor FABIÁN confesó en el interrogatorio de parte que el bien era improductivo, el Art. 964 del C.C. establece: “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”. Es claro en este asunto que el codemandado ORJUELA actuó de mala fe al patrocinar el fraude de la firma y posteriormente hipotecando el predio, a lo que se suma su silencio en este proceso, por lo que el juramento estimatorio es plena prueba de los frutos que hubiera podido percibir el señor FABIÁN ALONSO CAICEDO VÉLEZ, por lo que por este concepto será condenado el codemandado mencionado.

Se revocará la condena en perjuicios, pues ésta no puede hacerse respecto de la codemandada MARÍA MERCEDES FLÓREZ por la inoponibilidad que prosperará a su favor y respecto del codemandado JORGE HOLVEY ORJUELA se ordenará la restituciones mutuas correspondientes.

No se podrá acceder a la restitución del bien al demandado, pues al ser pasible de las medidas de embargo y secuestro dentro del proceso ejecutivo hipotecario adelantado por la acá codemandada, debe estarse a las medidas cautelares decretadas.

5. CONCLUSIONES

En este asunto entonces se mantendrá la nulidad decretada respecto de la escritura pública No. 400 del 20 de marzo de 2014 efectuada en la Notaría Segunda de Calarcá se llevó a efecto la venta de tal inmueble a un señor JORGE HOLVEY ORJUELA, apareciendo el señor CAICEDO VÉLEZ como vendedor y se dispondrá la cancelación de la misma, la cancelación de la anotación que le corresponde en el folio de matrícula y la inscripción de esta sentencia.

Se declarará próspera de oficio la excepción de mérito denominada inoponibilidad respecto de la codemandada MARÍA MERCEDES FLÓREZ ALZATE, dejando incólume la hipoteca consignada en la escritura pública 1414 del 5 de junio de 2014 de la Notaría Tercera de la ciudad.

En materia de restituciones se condenará al codemandado JORGE HOLVEY ORJUELA a pagar al señor CAICEDO VÉLEZ la suma de \$23.303.360 por concepto de frutos civiles.

No se ordenará la restitución del bien al demandante, toda vez que el inmueble está por cuenta de la medida cautelar de embargo y secuestro que se practicó en el proceso ejecutivo hipotecario.

Con base en lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará así: **DECLARAR** la prosperidad parcial de las pretensiones de la demanda **DECRETÁNDOSE LA NULIDAD ABSOLUTA** la escritura pública No. 400 del 20 de marzo de 2014 de la Notaría Segunda de Calarcá, que recae sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula 280-180874, y en lo que concierne al codemandado JORGE HOLVEY ORJUELA.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral QUINTO de la sentencia y en su lugar disponer: **DECLARAR** de oficio la prosperidad de la excepción de mérito denominada INOPONIBILIDAD en lo que concierne a las pretensiones enarboladas respecto de la codemandada MARÍA MERCEDES FLÓREZ ALZATE, por haberse constituido en acreedora hipotecaria de buena fe.

TERCERO: REVOCAR los numerales SEXTO Y SÉPTIMO.

CUARTO: REVOCAR el numeral **OCTAVO** y en su lugar **DENEGAR** la restitución del bien al demandante, toda vez que se encuentra embargado y secuestrado dentro del proceso ejecutivo hipotecario adelantado por la señora MARÍA MERCEDES FLÓREZ ALZATE que cursa en el Juzgado Quinto Civil Municipal de Armenia.

QUINTO: DENEGAR la cancelación de la escritura pública 1414 del 5 de junio de 2014 de la Notaría Tercera de la ciudad, por ser la codemandada MARÍA MERCEDES FLÓREZ ALZATE tercero de buena fe respecto de la nulidad acá declarada, tampoco hay lugar a la cancelación de su anotación en registro.

SEXTO: REVOCAR el numeral NOVENO y en su lugar condenar por concepto de restituciones mutuas -frutos civiles- al codemandado JORGE HOLVEY ORJUELA a pagar al demandante la suma de 23.303.360, dejados de percibir.

SÉPTIMO: CONFIRMAR LOS NUMERALES SEGUNDO a CUARTO de la sentencia.

SE MODIFICA el numeral **DÉCIMO**, el cual quedará así: **SE CONDENA** al codemandado JORGE HOLVEY ORJUELA a cancelar al demandante las costas del proceso. Téngase

como agencias en derecho la suma de \$4.000.000. Ante la prosperidad de la excepción ya descrita respecto de la codemandada MARÍA MERCEDES FLÓREZ ALZATE se condena en costas al demandante a favor de la codemandanda. Téngase como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. Liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE

MARÍA ANDREA ARANGO ECHEVERRI

JUEZA