CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION CIVIL Y AGRARIA

Magistrado Ponente:
CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO

Santa Fe de Bogotá D. C., veintiuno (21) de junio de dos mil (2000)

Referencia: Expediente No. 5409

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación formulado por la codemandada MARLY CONSTANZA HERNANDEZ RIAÑO frente a la sentencia pronunciada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cundinamarca, el 31 de octubre de 1994, dentro del proceso ordinario instaurado por EUSTACIO BOADA HERNANDEZ contra JORGE ELIECER ROMERO ROMERO, AURORA MORA DE ROMERO y la recurrente.

I.- ANTECEDENTES

1. Promovió el demandante proceso ordinario de mayor cuantía, con el fin de que, surtida la tramitación correspondiente, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

a.-) Que el contrato de compraventa contenido en la escritura pública 5406 corrida en la Notaría Décima del Círculo de Bogotá el 21 de noviembre de 1979, es absolutamente simulado.

b.-) Que el mencionado contrato fue celebrado entre el demandante como comprador y Jorge Eliécer Romero Romero y Aurora Mora De Romero, éstos, *"en su calidad de autorizados por el presunto vendedor señor Marino Antonio Villamarín"*.

c.-) Que como consecuencia de las declaraciones antedichas, se decrete la cancelación de la escritura de compraventa anotada en el folio de matrícula inmobiliaria N°. 290-0011884, para lo cual se librarán las comunicaciones pertinentes a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Fusagasugá.

d.-). Que al prosperar la declaratoria de simulación absoluta, pretensiones primera y segunda, se ordene, de manera principal a Marly Constanza Hernández Riaño y de forma subsidiaria a Jorge Eliécer Romero Romero y Aura Mora De Romero, que procedan a suscribir en beneficio del demandante, la escritura pública de compraventa de la finca "Sugamuxi".

e.-) Que se diga que la contradictora Marly Constanza Hernández Riaño no tiene derecho a obtener indemnizaciones o restituciones de dinero por haber intervenido como suscriptora de la escritura pública N°. 6456.

2.- Las aspiraciones de la parte actora se apuntalan en los hechos que seguidamente se relacionan:

a.-) El demandante contrajo matrimonio católico el 9 de octubre de 1967 con Elvia Elena Rodríguez, quien lo demandó en

proceso de separación de bienes ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso.

b-) El mismo libelista, como prominente comprador, y Marino Antonio Villamarín, como prominente vendedor, celebraron por escrito y ante testigos el 4 de noviembre de 1979, contrato de promesa de compraventa del fundo "Soganuxi", fijando como precio un millón seiscientos mil pesos ($1.600.000,00), suma que el primero canceló al segundo en su totalidad, estipulándose como fecha para perfeccionar el acuerdo, el 14 de los mismos mes y año en la Notaría Décima del Círculo de Bogotá.

c-) Como el prominente vendedor no era el propietario del bien en cuestión, le pidió a Jorge Eliécer Romero Romero y Aura Mora De Romero que le otorgaran la escritura de compraventa al prominente comprador y éste, a su turno, autorizó a aquellos para que la misma fuera suscrita a favor de Marly Constanza Hernández, perfeccionándose el contrato prometido en la escritura pública N°. 5456 de fecha 21 de noviembre de 1979 de la Notaría Décima de Bogotá, en el que fungió como compradora ésta, sin serlo, por la confianza que Eustacio Boada Hernández le tenía por ser ella su compañera permanente "y desde tiempo atrás venía ejerciendo las funciones de testaferro en un buen número de negocios comerciales y personales" (Folio 7, C. 1).

d-) Entre Marly Constanza Hernández Riaño, compradora, y los esposos Jorge Eliécer Romero Romero y Aurora Mora De Romero, vendedores, no se celebró ningún contrato transfiriendo el dominio del inmueble "Suganuxi", ya que ni se pagó el precio por la primera ni fue recibido por los segundos y, además, la

persona que verdaderamente hizo el pago del mismo con su propio peculio fue el demandante y lo recibió el prominente vendedor, quien le hizo entrega de la posesión material a aquel, hasta el punto que es la persona que la ejerce desde ese momento de forma pública, exclusiva e ininterrumpida y ha plantado, sin reconocer dominio ajeno y sin pedir autorización a nadie, mejoras tales como *"construcción de seis galpones, construcción de casa de habitación, construcción de casas para los trabajadores, casa prefabricada, construcción de bodegas, de cercas"* (folio 8, C. 1).

e.-) Marly Constanza Hernández Riaño, fuera de no haber pagado suma alguna por concepto del precio, nunca ha tenido la posesión material del bien, tampoco ha efectuado su explotación económica, situación que se explica porque su rol protagónico en la negociación se limitó a ser "testaferro" del demandante y real "comprador".

f.-) Liquidada la sociedad conyugal de los esposos Boada y Rodríguez, escritura pública 1506 del 30 de diciembre de 1987 de la Notaría Primera del Círculo de Sogamoso, desaparecieron los temores del demandante de que el plurimencionado predio fuera denunciado como haber social y le fuera embargado, circunstancias que lo llevaron a pedirle a Marly Constanza Hernández Riaño *"que le transfiriera el derecho de propiedad del aludido inmueble mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública"* (folio 9, C. 1).

g.-) Los codemandados Jorge Eliécer Romero Romero y Aura Mora De Romero se han negado a enajenarle la propiedad

del citado fundo "Sugamuxi" aduciendo que cumplieron con su obligación al otorgar la escritura a Marly Constanza Hernández Riaño, y que ya no tienen la calidad de dueños, motivo por el cual acceder a lo pedido constituiría una venta de cosa ajena.

3.- La demanda fue admitida por auto que profiriera el Juez Civil del Circuito de Fusagasugá el 29 de junio de 1990, enterándose a quienes se corrió el traslado de rigor.

Marly Constanza Hernández Riaño dio contestación a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones; formuló las excepciones de fondo que denominó "existencia real y jurídica de los contratos demandados", "transacción inicial incumplida por el actor; conciliación parcial subsiguiente" y la "genérica" (folios 50 a 60, cuaderno 1). Jorge Eliécer Romero Romero y Aura Mora De Romero, por su parte, se allanaron a las pretensiones, aceptando los hechos que les servían de soporte, acto rechazado por el *a quo*, quien consideró que entre los integrantes de la parte pasiva existía un litisconsorcio necesario, motivo por el cual dicha manifestación debía ser coadyuvada por la demandada Marly Constanza Hernández Riaño.

4.- Perfeccionada la instrucción, el expediente fue remitido, en cumplimiento de las normas de descongestión previstas en el decreto 2651 de 1991, vigente en la época, al Juzgado Civil del Circuito de Villeta, Cundinamarca, para que pronunciara la sentencia de primera instancia, fallo que dictó el 18 de febrero de 1994 denegando las pretensiones del accionante.

5.- En tiempo hábil, el demandante, contra la decisión de primer grado interpuso el recurso de alzada, del cual conociera la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá D. C., quien surtido el trámite de la segunda instancia, el 31 de octubre de 1994 dictó sentencia revocando la proferida por el *a quo* y, en su lugar, desestimó las excepciones de mérito propuestas; declaró que el contrato de compraventa aludido en la demanda fue simulado, en forma relativa, por interposición fingida de persona, con respecto a la contratante compradora, por cuanto ese contrato realmente fue celebrado entre Jorge Eliécer Romero y Aurora Mora De Romero, como vendedores y Eustacio Boada Hernández como comprador, calidad esta última que nunca tuvo Marly Constanza Hernández Riaño, aunque apareció como tal, y complementariamente ordenó inscribir lo así resuelto en el folio de matrícula inmobiliaria No. 290-0011094 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Fusagasugá. Además, denegó las pretensiones de la demanda inicial distinguidas en ella con los numerales 3°, 5°, 6°, 7° y 8° e impuso a cargo de la codemandada opositora el setenta por ciento (70%) de las costas.

6.- Contra la providencia de segundo grado, la demandada Marly Constanza Hernández Riaño formuló el recurso extraordinario de casación que es la génesis del presente asunto.

II.- LA SENTENCIA IMPUGNADA

1.- El Tribunal, luego de ofrecer una síntesis de los escritos de demanda y de las contestaciones presentadas por los contradictores, destacó la presencia concurrente de los

presupuestos procesales y la limpidez del trámite dado hasta ese momento procesal, circunstancias que en su sentir permitían decidir de fondo, abordando a continuación el estudio de la figura de la simulación en sus dos modalidades, absoluta y relativa, para pasar inmediatamente a reseñar o individualizar, la prueba recaudada. Refirió las declaraciones rendidas por las partes y los testigos, la documentación recogida, etc., para precisar que:

a.-) La escritura pública N° 5456 permitía establecer la celebración del contrato por medio del cual Marly Constanza Hernández Riaño compró a Jorge Eliécer Romero Romero y Aura Mora De Romero el inmueble "Sugamuxi".

b.-) La legitimación, tanto por activa como por pasiva, se acreditó en las partes intervinientes en la pendencia. Aquella en cabeza del demandante al alegar que fue la persona que realmente intervino como comprador del fundo aunque nominalmente no aparezca como tal en el mencionado instrumento público y ésta se estructura en los demandados por ser quienes sí lo suscribieron como compradora y vendedores, respectivamente.

c.-) Las versiones de Marino Antonio Villamarín, promitente vendedor de "Sugamuxi", pero no dueño del mismo, y de los demandados Jorge Eliécer Romero Romero y Aura Mora De Romero, éstos sí propietarios, llevan a la convicción plena de que la negociación real y cierta fue hecha por el demandante, lo que se pone en evidencia porque fue él quien hizo los contactos previos, convino las condiciones del contrato y pagó el precio estipulado.

d.-) Se acreditó la *"causa simulandi"* con la demostración de la convivencia marital "permanente y sólida" entre el demandante y la ahora recurrente, hasta el *"punto que contrajeron matrimonio en el país de Venezuela"*, relación amorosa que, en su sentir, necesariamente debieron generar consecuencias en su propio y legítimo hogar, las que precipitaron a aquel a comprar para él, pero haciendo figurar fingidamente como propietaria a su compañera permanente, la de esas calendas, y con el deliberado y cuestionable propósito de que el bien así adquirido no entrara en su patrimonio, ni mucho menos en el de la sociedad conyugal que todavía tenía vigente con su legítima esposa, Elvia Elena Rodríguez.

e.-) No eran atendibles las excepciones de fondo propuestas por Marly Constanza por cuanto:

1) No demostró la excepcionante, en relación con la primera, que ella hubiese pagado el precio acordado dentro de la mencionada compraventa ni que tuviese ingresos suficientes para hacerlo, puesto que solo percibía el salario mínimo como secretaria en una empresa concesionaria de carros que en 1978, según la declaración de renta, ascendió en todo el año a $63.682. El supuesto préstamo recibido de parte de "unos amigos" quedó ayuno de respaldo probatorio y los que le hicieron entidades de crédito no sirven para demostrar solvencia, porque fueron posteriores a la data de la negociación cuestionada, siendo de *"sentido común inferir que una vez una persona figura como propietaria de un inmueble, se le abre un mundo de posibilidades*

crediticias cuyo límite será el valor del bien raíz documentariamente adquirido" (folio 101, C. 7).

2) En lo que atañe a la segunda excepción propuesta, denominada "transacción inicial incumplida por el actor; conciliación parcial subsiguiente", ella encontró venero en que es el propio acto conciliatorio esgrimido como defensa el que, de cara a los hechos acreditados en debida forma, conduciría a la Sala a confirmar la existencia de la simulación, puesto que *"implicaría que la demandada reconoció que el inmueble "sugamuxi"* le pertenecía al demandante, y solo así se explica que Marly Constanza Hernández accediera a devolverle el inmueble" (folio 103, C. 7).

3.- Por último, desestimó el sentenciador de segundo grado las pretensiones restantes identificadas con los numerales 6° y 7° (ordenar a los demandados suscribir la escritura de venta del bien al demandante en la Notaría Única de Fusagasugá y negar a la ahora recurrente el derecho a reclamar restitución alguna por concepto de dinero), así como las súplicas 3ª (declarar la nulidad de la escritura No. 277 de 26 de marzo de 1980 en la que consta hipoteca abierta constituida sobre el fundo); 5ª (cancelar la inscripción de la hipoteca) y 8ª (condenar a Marly Constanza Hernández Riaño a pagar perjuicios), *"debido a que tales pronunciamientos son ajenos a la declaratoria de simulación que se depreca"* (folio 105, C. 7), pese a que de estas últimas había prescindido el demandante en el escrito a través del cual corrigió su demanda.

III.- LA DEMANDA DE CASACION

De los dos cargos inicialmente formulados por la recurrente contra la sentencia impugnada, la Sala únicamente estudiará el primero. Lo anterior se explica porque la Corte inadmitió el segundo de ellos.

CARGO UNICO

Se acusó la sentencia del Tribunal con fundamento en la causal primera de casación, de quebrantar *"en forma directa norma probatoria, por falta de aplicación"* del artículo 256 del Código de Procedimiento Civil, lo que condujo a que se aplicaran indebidamente los artículos 740, 756, 1760 y 1880 del Código Civil y 256 de aquel estatuto procesal.

Luego de hacer la reproducción del texto completo del artículo 256 del Código de Procedimiento Civil referente a las copias registradas, la censura, bajo el título que denominó *"Concepto de la violación"*, puntualizó que a folio 17 del cuaderno principal aparece la décima copia de la escritura pública N° 5456 de 21 de noviembre de 1979 corrida en la Notaría Décima del Círculo de Bogotá que contiene el contrato de compraventa del predio "Sugamuxi" celebrado entre Marly Constanza Hernández Riaño, como compradora, y Jorge Eliécer Romero Romero y Aura Mora De Romero, como vendedores, documento que carece de la nota de inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Fusagasugá.

A pesar de la indicada deficiencia, en sentir de la parte recurrente, fue reprochable la conducta del sentenciador de segundo grado al declarar la simulación del acuerdo de voluntades que consta en el mencionado instrumento, haciendo caso omiso de que una prueba en tales condiciones *"únicamente surte efecto entre compradora y vendedores"* y jamás puede generarlos en beneficio o, inclusive, en contra, del tercero demandante.

A renglón seguido agregó, a manera de colofón, que el fallador de segunda instancia *"aplicó en forma indebida las normas ya mencionadas pues le dio eficacia probatoria a un instrumento público defectuoso que carece de un requisito formal exigido en forma perentoria en la norma procesal inicialmente mencionada"* (folio 16, C- Corte).

IV.- CONSIDERACIONES

1.- Conviene aclarar desde ahora, que de la lectura minuciosa de los términos en que el casacionista sustentó el cargo a despachar, único en virtud de que el segundo fue desestimado de entrada por defectos formales, se deduce que quiso enderezar su ataque al amparo de la causal que en su primer numeral consagra el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, atribuyéndole a la sentencia de segundo grado vulneración de una norma sustancial como consecuencia de la indebida apreciación de un medio probatorio, debiéndose entender que cuando el casacionista utiliza la palabra *"directa"*, no lo hace para referirse a las normas sustanciales que se habrían aplicado indebidamente, sino al precepto probatorio supuestamente violado en la

contemplación jurídica que de la prueba hizo el Tribunal (folios 15 y 16 C-Corte)

Esta precisión se impone, por cuanto, sabido es, que entre las vías directa e indirecta existen sustanciales diferencias que, además, las hacen incompatibles y excluyen la posibilidad de que sean aducidas simultáneamente en un mismo cargo, dado el principio de autonomía que caracteriza la formulación de éstos en casación.

En el asunto a decidir, se observa que el recurrente sustentó y desarrolló el cargo como si la censura la intentara por la vía indirecta y, más exactamente, por la comisión de un yerro de derecho, al manifestar que el *ad quem* dio valor probatorio, sin poderlo hacer por no reunir los requisitos establecidos en el citado artículo 256, a la copia áxima de la escritura pública que recogiera el contrato de compraventa declarado simulado, sin percatarse –aduce- que la misma adolecía de la obligatoria inscripción en el registro de instrumentos públicos para que pudiera tener efectos vinculantes frente a quienes no intervinieron en su otorgamiento.

2.- Puestas así las cosas, advierte la Corte que el error que se predica del fallo es inexistente, como quiera que, si bien es cierto que la prueba de la transferencia del dominio de bienes inmuebles la constituye la copia auténtica de la escritura pública que contiene el acto traslaticio, debidamente registrada en la oficina correspondiente, también sirve al mismo propósito el instrumento público que, huérfano de la anotación de registro, se complementa

con el certificado de tradición del bien enajenado, en el que conste la inscripción del acto documentado en la escritura.

Esta dualidad en la forma de probar la enajenación de bienes raíces o de bienes sometidos a registro, ha sido pregonada por la doctrina de la Corte, que sobre el punto manifestó:

> "*Entonces, si, como aquí, es apodíctico que de esa escritura ya se había hecho la anotación en el registro, cumple decir que se realizó la tradición, si bien la copia de la escritura en poder del interesado carece de la constancia respectiva. El aspecto sustancial de lo que es la transferencia del dominio no sufre mengua por esta circunstancia. Traduce que la atestación que en las copias de las escrituras se coloca, lo que es imperioso al tenor de la ley (art. 23 del decreto 1250 de 1970, cosa que también disponía el derogado Artículo 2669 del Código Civil) tiene una finalidad netamente probatoria, debido a que, en tanto que la copia no ostenta dicha atestación no es oponible a terceros y sólo surtirá efectos probatorios entre las partes y sus causahabientes (art. 256 del C. de P. C.), con respecto, claro está, a la celebración misma del acto a que se refiere el documento. A este propósito débese notar que la inoponibilidad surge no del hecho mismo de que la copia de la escritura carezca de la constancia, sino del hecho de que no haya sido objeto de registro, por eso tal norma ordena que el juez envíe el instrumento, no para que se obtenga el registro, sino para que, caso de existir registro, se deje la constancia respectiva; de no haber operado el registro, la copia quedará restringida en sus efectos porque no alcanza a terceros. Y, obviamente, que cuando el juez procede de aquel modo es porque ignora si fue, o no, registrado, y entonces busca obtener certeza en el punto. Por modo que en eventos como el que ofrece la especie de esta litis, en donde la certeza emunde del expediente con vista en otras probanzas, y entre éstas se cuenta la idónea que es el certificado del registrador, ilusa sobremanera es toda averiguación al respecto*" (sentencia de casación 124 de 2 de octubre de 1995, subrayado fuera de texto).

Se cobciona aquí la jurisprudencia anterior, entendiéndose que el documento cuestionado entonces -en lo tocante a su eficacia-, también era -como aquí-, una escritura pública sin nota de registro. Mas, ha de verse que otrora tuvo enorme importancia analizar el punto, por cuanto se constató allí que esa carencia de registro incidía en la tradición del inmueble, lo que de paso podría herir el dominio de un demandante en reivindicación. Mas aquí, siendo simulación, ya la utilidad del planteamiento casi que se perdió por completo, desde luego que la simulación cuestionada, en principio, no involucra el tema del derecho de dominio. Pero aún así, no sobra decirlo, de la supraindicada escritura pública sí se tomó nota por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, como se desprende del certificado de tradición visible a folios 16 y 17 del segundo cuaderno del expediente.

3.- Descártase entonces que el Tribunal haya incurrido en equivocación alguna al dar por probado, con efectos frente al demandante, el contrato de compraventa del fundo "Sugamuxi" de que da cuenta la plurimencionada escritura 5456 con la décima copia de ese instrumento (fls. 17 a 20, cdno. 1), aun cuando ciertamente no tuviera la nota de haber sido inscrito en el registro inmobiliario, toda vez que, en casos como éste -cuando la escritura pública carece de aquella atestación-, su eficacia probatoria frente a terceros, como lo exigen los artículos 756 del Código Civil y 256 del Código de Procedimiento Civil, se obtiene cuando se demuestra que sí hubo tal anotación y que la misma aparece en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente.

El sentenciador de segundo grado, contrario al reproche del casacionista, no sólo tuvo en cuenta para probar el contrato de

compraventa estigmatizado de simulado, la décima copia de la escritura 5456 sin anotación de registro, sino que complementó la misma con el certificado de tradición o de matrícula inmobiliaria que aparece en los folios 16 y 17 del cuaderno 2, en el que consta, anotación número uno, que fue inscrito el 9 de enero de 1980, el negocio jurídico por medio del cual Jorge Elécer Romero Romero y Aura Mora De Romero vendieron a Marly Constanza Hernández Riaño, el predio rural objeto de discusión entre las partes.

4.- Finalmente, encuentra la Sala que el impugnante, de manera repentina y extemporánea, introdujo un medio nuevo, como es el relativo a la eficacia probatoria de la copia de la escritura pública sin anotación en el registro de instrumentos públicos, conducta inaceptable en casación, ya que alude a aspectos fácticos y probatorios, en su sentir esenciales, cuya discusión debió plantear en el trámite de las instancias, para lo cual contó con amplias y múltiples oportunidades. Sobre el tema ha enseñado la Corte que "*Toda alegación en casación conducente a demostrar que el Tribunal incurrió en errónea apreciación de alguna o algunas pruebas por motivos de derecho o de hecho que no fueron planteadas en las instancias, configura un medio nuevo, que no es de recibo en el recurso extraordinario*" (C.J. LXXXIII, p. 76), pues "*lo que no se alega en instancia, no existe en casación*" (GJ t. LXXXIII, núm. 2159, p. 57).

En el caso bajo análisis, la parte promotora del proceso aportó con la demanda la referida copia de la escritura pública y pidió que se tuviera como prueba (fls 10, 17 y 18, c. 1); el juzgado de conocimiento la decretó como tal (fl. 100, c. 1); el auto quedó

ejecutoriado sin ninguna clase de cuestionamientos (fl. 102, c. 1) y tampoco se verifica en el plenario actuación alguna del ahora inconforme apremiando al operador judicial por la cabal aplicación de la parte final del también varias veces invocado artículo 256.

En consecuencia, no puede en este excepcional recurso sorprender a su contraparte, con argumentos que bien pudo exponer en las instancias iniciales, que son los escenarios propicios para ello, ya que la casación no tiene como propósito hacer una nueva revisión del caso, como si fuera una tercera de aquellas.

5.- Se desprende de lo examinado, entonces, que el cargo con el cual se combate la sentencia recurrida no tiene aptitud suficiente para derruir la presunción de legalidad y acierto de que se encuentra investido, razón por la cual será desestimado.

V.- DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca -Sala Civil-, el 31 de octubre de 1994, en el proceso ordinario promovido por Eustacio Boada Hernández contra Jorge Eliécer Romero Romero, Aurora Mora De Romero Y Constanza Hernández Riaño.

Costas a cargo de la parte recurrente. Fíjense. Cumplido, vuelva la actuación a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO

MANUEL ARDILA VELASQUEZ

NICOLAS BECHARA SIMANCAS

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

CARLOS [illegible]

JOSE [illegible]

JORGE SANTOS BALLESTEROS