



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado ponente

SC3725-2021

Radicación n.º 76001-31-03-004-2012-00180-01

(Aprobado en sesión de diecinueve de agosto de dos mil veintiuno)

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Se decide el recurso de casación interpuesto por los convocantes frente a la sentencia de 29 de julio de 2020, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso verbal que promovieron Alejandro y Daniel Aldana Martínez contra Bernardo y José Ignacio Martínez Jaramillo.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones y fundamento fáctico.

Los actores pidieron declarar la nulidad absoluta de la convención instrumentada en la escritura pública n.º 3100, otorgada el 19 de noviembre de 2003 en la Notaría Cuarta de Cali, mediante la cual Leonor Jaramillo de Martínez donó a dos de sus hijos –los demandados Bernardo y José Ignacio

Martínez Jaramillo– 36.218 acciones de la sociedad Bavaria S.A.; consecuentemente, reclamaron que esos títulos, o su equivalente en dinero, fueran restituidos a la sucesión de la donante.

Como fundamento de su *petitum*, relataron que la reseñada transferencia a título gratuito desconoce la legítima rigurosa de su progenitora, María Luisa Martínez Jaramillo, también hija de la causante Jaramillo de Martínez, y quien falleció con anterioridad a la muerte de esta. A ello agregaron «la señalada donación no se ajustó a las exigencias formales previstas en el Decreto 1712 de 1989 (...) en virtud de que debió ser precedida (...) de la correspondiente petición de donación», documento que «no se presentó», configurándose así el vicio invalidante previsto en el precepto 1740 del Código Civil.

2. Actuación procesal

2.1. La demanda fue admitida por auto de 10 de octubre de 2012. De dicho proveído se enteró personalmente a los convocados, quienes se opusieron a las pretensiones y formularon las defensas de «*validez del acto demandado*»; «*falta de causa*»; «*inexegibilidad de la pretensión demandada*» y «*compensación y extinción de las pretensión*».

2.2. En fallo de 11 de junio de 2019, el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali denegó los reclamos, tras considerar que si bien la insinuación no se realizó en legal forma, ese vicio no es constitutivo de nulidad absoluta, sino relativa, la

cual no puede reconocerse oficiosamente. Inconformes con esa determinación, los actores apelaron.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El tribunal modificó lo decidido por el juez *a quo*, con el propósito de acoger la excepción denominada «*validez del acto demandado*». Dicha determinación se fincó en los argumentos que seguidamente se compendian:

(i) No resulta de recibo lo argüido por el fallador *a quo*, quien «*pese a tener por no acreditado el requisito de la autorización del Notario previsto en el artículo 1458 del C.C. (...), concluyó que dicha falencia no produce nulidad absoluta del acto jurídico, sino la relativa*», debiéndose agregar que «*tiene la Sala una visión distinta y opuesta a la del Juez de primera instancia, quien sostuvo en su decisión que la autorización no sólo no estaba impresa en la escritura, sino que además requiere manifestación expresa del Notario; postura [que] no es posible extraerla ni del artículo 1458 del C.C., ni menos del estatuto notarial*».

(ii) En efecto, para el «*proceso de obtención de autorización para la donación por el Notario, realmente la ley –tanto el Código Civil, como el Estatuto Notarial y el Decreto 1712 de 1989–, no tienen estipulado una formalidad especial, que si es escrita o verbal, no existe ninguna disposición en particular; en ese sentido, nada obsta para que, a petición verbal de los interesados, el fedatario, previa comprobación de los demás requisitos, expida la escritura pública que condense la autorización y por supuesto el negocio jurídico de la donación; dicho en otros términos, solemnizar la donación en Escritura Pública, siempre que el Notario la avale con su firma –art. 40 del Decreto 960/70– contiene la autorización exigida en el artículo 1458 del C.C.*».

(iii) En ese orden, *«cuando doña Leonor Jaramillo de Martínez concurrió en compañía de sus hijos Bernardo Martínez Jaramillo y José Ignacio Martínez Jaramillo, el 19 de diciembre de 2003, a la Notaría Cuarta de Cali, a solicitar “...autorización del Notario para que el donante done a los donatarios la cantidad de treinta y seis mil doscientas dieciocho (36.218) acciones de Bavaria S.A.” –cláusula primera, E.P. 3100, fl. 4– exteriorizaron la formalidad de solicitar del guarda de la fe pública, autorización para desarrollar el negocio de la donación (...); en ese sentido, cuando el Notario firma ese documento se perfecciona no sólo el permiso o autorización echado de menos por el extremo activo, sino que le imparte aprobación al querer y voluntad de las partes de transferir a título gratuito acciones de Bavaria S.A.»*.

(iv) A ello se suma que, *«aparte de la verificación de la solicitud de autorización, que como se anotó, realizó donante y donatarios ante el Notario, según cláusula primera, dicho funcionario, también constató los demás elementos necesarios para el buen cauce de la escritura de la donación (...)»*. Por ende, *«no sólo está probada la petición de la autorización notarial para llevar a cabo la donación, sino el perfeccionamiento de tal requisito en el cuerpo de la escritura, debidamente avalada por el Notario según la firma que impuso y que además fue reconocida por quien se desempeñó en el cargo en declaración rendida en la audiencia del 11 de junio de 2019, donde además reiteró que para la petición de insinuación o autorización no es necesario hacerla por escrito o tramitación especial»*.

DEMANDA DE CASACIÓN

Los convocantes formularon oportunamente el referido remedio extraordinario y, tras su admisión, enarbolaron tres cuestionamientos; el inicial, con fundamento en la causal

primera del artículo 336 del Código General del Proceso, y los dos restantes, con apoyo en la causal segunda.

CARGO PRIMERO

Denunciando la violación directa, por interpretación errónea, de los «*artículos 1450, 1457, 1458, 1740 a 1742 del C.C., Decreto 1712/89 y Decreto ley 2148 de 1983 art. 1*», los recurrentes adujeron que:

(i) Aunque el tribunal seleccionó correctamente la normativa aplicable al caso, la interpretó en forma equivocada, pues «*valora que no es necesaria en la escritura que autoriza la donación, manifestación expresa del notario respecto a la concurrencia de los requisitos esenciales del contrato de donación, como tampoco de la expresa la manifestación de la autorización notarial*».

(ii) En estricto sentido, «*la formalidad de la insinuación exigida por el legislador se traduce, según la jurisprudencia de la sala civil de Corte Suprema de Justicia, en la “previa autorización por autoridad competente”, resaltando que solo opera cuando la cuantía de ese acto jurídico supera los 50 salarios mínimos mensuales exigencia que por la cuantía no controvirtieron las partes del proceso*».

(iii) Conforme lo indicado, el notario solo puede autorizar una donación cuando constate «*en primer lugar, que el donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no contravengan ninguna disposición legal; y, en segundo término, que la respectiva petición sea presentada personal y conjuntamente por los dos o por sus apoderados (...)*».

(iv) Tales exigencias *«deben ser valoradas por el notario y lo debe hacer constar en la escritura pública correspondiente, según lo impone el artículo 3 del decreto 1712 de 1989» y por ello «no puede aceptarse, por no ser esa la función notarial para el acto jurídico de la donación, que se reduzca al simple formalismo de referenciar en el instrumento las afirmaciones que presentan los interesados».*

(vi) En ese escenario, *«al determinar la sentencia del Tribunal Superior de Cali que no es necesario calificar expresamente por el notario las prueba presentados por los interesados para alcanzar la autorización del servidor público para definir la donación, en abierta oposición a lo que dice las normas sustanciales, valorándose que la formalidad se suple con la sola firma de la escritura».*

CARGO SEGUNDO

Los demandantes anunciaron la infracción indirecta de *«los preceptos 1457, 1458 del Código Civil y Decreto 1712/89»*, como consecuencia de errores de hecho en la valoración de la *«escritura pública No. 3100 extendida en la notaría cuarta de Cali el 19 de noviembre de 2003»*. En desarrollo de esa crítica, arguyeron:

(i) El tribunal le atribuyó al citado documento *«el efecto de dar fe pública el Notario a las condiciones esenciales para que pueda darse la autorización de donar, con la sola firma del instrumento, cuando en ese sentido no hay en el mencionado medio probatorio ninguna manifestación de ese hecho por el Notario».*

(ii) Sin embargo, *«lo que el Notario [lee] a los contratantes son sus manifestaciones como aspirantes a contratar relativas exclusivamente i) al interés de donar y aceptar lo donado, ii) admitir lo que se dona, iii) el reconocimiento de la capacidad de los contratantes*

para realizar el acto jurídico y iv) que los acreedores de la donante no resultan afectados por la donación». Ciertamente es que «el Notario da fe de lo que ante él exponen los interesados en la donación. Pero, no se puede pregonar que se configura el amparo de fe pública de algo inexistente en la escritura, como es lo que él no verificó, narró ni calificó».

(iii) De ahí que sea inexplicable «que, para el Notario, la donante conservaba bienes suficientes para su congrua subsistencia, si se advierte por los solicitantes que existen acreedores de ella (...) ¿Qué valoración o calificación sobre este hecho realizó el notario para aceptar la fe pública de algo del cual no hay manifestación alguna de su parte en el instrumento público? En otros términos, ¿cómo se admite del documento que el Notario valoró que la donante conservaba producida la donación, bienes suficientes para su congrua subsistencia?».

(iv) El fallo de segunda instancia también se apoyó en «la versión del Notario rendida ante el juzgado del conocimiento, orientada en que para este funcionario no es necesario consignar en la escritura manifestación expresa de la aceptación de los requisitos de identidad del contrato de donación, ni significar su autorización a la donación. Es indiscutible que la versión del Notario no supe las exigencias que el legislador determina para la validez de un acto jurídico como los impuestos para la donación en los preceptos 1457, 1458 del C.C. y decreto 1712/89, presupuestos que al ser omitidos conducen a la sanción establecida por el artículo 1741 del C.C. de nulidad absoluta».

CARGO TERCERO

Invocando nuevamente la transgresión indirecta de las referidas normas, alegaron los impugnantes alegaron que el tribunal incurrió en error «al suponer la existencia parcial de una

prueba que hace parte de los requisitos esenciales del contrato de donación».

Como fundamento de este embate, sostuvieron que *«exige la norma sustancial civil que debe acreditarse con prueba fehaciente que la donante conservará lo necesario para su congrua subsistencia»*, no obstante lo cual *«en las manifestaciones de los contratantes de la donación contenidas en la E.P. 3100, no expresan ni prueban nada del requisito esencial de que la donante señora Leonor Jaramillo de Martínez conservará por razón de la donación lo necesario para su congrua subsistencia»*.

CONSIDERACIONES

1. Violación directa de la norma sustancial.

Si se acusa al tribunal de trasgredir, en forma directa, una norma sustancial, la parte recurrente debe acreditar que, sin alterar la representación de los hechos que se formó la colegiatura *ad quem* a partir del examen del material probatorio, el ordenamiento jurídico imponía una solución de la controversia opuesta a la adoptada en la providencia que puso fin a la segunda instancia.

En ese sentido, la fundamentación de la acusación ha de dirigirse a demostrar que en la sentencia de segunda instancia se dejó de aplicar al asunto una disposición que era pertinente, se aplicó otra que no lo era, o que, eligiendo la correcta, se le atribuyeron efectos distintos a los que de ella dimanaban. Expresado de otro modo, esta clase de agravio a la

ley sustancial, completamente independiente de cualquier error en la valoración probatoria, puede presentarse por tres vías, de contornos bien definidos: la falta de aplicación, la aplicación indebida o la interpretación errónea de la norma de derecho sustancial.

Sobre este particular, la Corte ha apuntado que

*«(...) la violación directa de las normas sustanciales, que como motivo de casación contempla la causal primera (...), acontece cuando el sentenciador, al margen de toda cuestión probatoria, deja de aplicar al caso controvertido la disposición sustancial a que debía someterse y, consecuentemente, hace actuar las que resultan extrañas al litigio, o cuando habiendo acertado en la disposición rectora del asunto, yerra en la interpretación que de ella hace, y que, por lo mismo, cuando el ataque en casación se funda en la causal que se comenta, **compete al recurrente centrar sus juicios exclusivamente sobre los textos legales que considere inaplicados, indebidamente aplicados o erróneamente interpretados, prescindiendo, desde luego, de cualquier consideración que implique discrepancia con las apreciaciones fácticas del sentenciador, cuestión esta que solo puede abordarse por la vía indirecta»** (CSJ SC9100-2014, 11 jun; reiterada en CSJ SC1819-2019, 28 may.).*

2. Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho.

La comisión de un error fáctico, de tal magnitud que comporte la infracción indirecta de una norma sustancial, presupone para su acreditación que, entre otras exigencias, se compruebe que la inferencia probatoria cuestionada es

manifiestamente contraria al contenido objetivo de la prueba; es decir, que el desacierto sea tan evidente y notorio que se advierta sin mayor esfuerzo ni raciocinio.

Además, como las sentencias llegan a la Corte amparadas por una presunción de legalidad y acierto, le incumbe al recurrente desvirtuarla, para lo cual debe realizar una crítica concreta, simétrica, razonada y coherente frente a los aspectos del fallo que considera desacertados, con indicación de los fundamentos generadores de la infracción a la ley, amén de hacer evidente la trascendencia del yerro «en el sentido del fallo» y atacar, de modo eficaz e integral, todos los pilares de la decisión impugnada. En esta precisa materia, la Sala ha explicado:

«El error de hecho (...) ocurre cuando se supone o pretermite la prueba, entendiéndose que incurrirá en la primera hipótesis el juzgador que halla un medio en verdad inexistente o distorsiona el que sí obra para darle un significado que no contiene, y en la segunda situación cuando ignora del todo su presencia o lo cercena en parte, para, en esta última eventualidad, asignarle una significación contraria o diversa. El error “atañe a la prueba como elemento material del proceso, por creer el sentenciador que existe cuando falta, o que falta cuando existe, y debido a ella da por probado o no probado el hecho” (G. J., t. LXXVIII, pág. 313). Denunciada una de las anteriores posibilidades, el impugnador debe acreditar que la falencia endilgada es manifiesta y, además, que es trascendente por haber determinado la resolución reprochada (...). Acorde con la añeja, reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corporación, el yerro fáctico será evidente o notorio, “cuando su sólo planteamiento haga brotar que el criterio” del juez “está por completo divorciado de la más elemental

sindéresis; si se quiere, que repugna al buen juicio”, lo que ocurre en aquellos casos en que él “está convicto de contraevidencia” (sentencias de 11 de julio de 1990 y de 24 de enero de 1992), o cuando es “de tal entidad que a primer golpe de vista ponga de manifiesto la contraevidencia de la determinación adoptada en el fallo combatido con la realidad que fluya del proceso” (sentencia 146 de 17 de octubre de 2006, exp. 06798-01). Dicho en términos diferentes, significa que la providencia debe aniquilarse cuando aparezca claro que “se estrelló violentamente contra la lógica o el buen sentido común, evento en el cual no es nada razonable ni conveniente persistir tozudamente en el mantenimiento de la decisión so pretexto de aquella autonomía” (G. J., T. CCXXXI, página 644)» (CSJ SC 21 feb. 2012, rad. 2004-00649-01, reiterada en CSJ SC131-2018, 12 feb.).

Con similar orientación, se ha sostenido que,

«(...) partiendo de la base de que la discreta autonomía de los juzgadores de instancia en la apreciación de las pruebas conduce a que los fallos lleguen a la Corte amparados en la presunción de acierto, es preciso subrayar que los errores de hecho que se les endilga deben ser ostensibles o protuberantes para que puedan justificar la infirmación del fallo, justificación que por lo tanto no se da sino en tanto quede acreditado que la estimación probatoria propuesta por el recurrente es la única posible frente a la realidad procesal, tornando por lo tanto en contraevidente la formulada por el juez; por el contrario, no producirá tal resultado la decisión del sentenciador que no se aparta de las alternativas de razonable apreciación que ofrezca la prueba o que no se impone frente a ésta como afirmación ilógica y arbitraria, es decir, cuando sólo se presente apenas como una posibilidad de que se haya equivocado (...)» (CSJ SC, 8 sep. 2011, rad. 2007-00456-01).

3. El requisito de insinuación en la donación.

Acorde con el canon 1443 del Código Civil, «*la donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta*». Se trata, pues, de un negocio jurídico bilateral, en tanto exige el concurso de voluntades de donante y donatario (Cfr. CSJ SC, 20 may. 2004, rad. 8565), que puede ser consensual –es la regla general–, o solemne –*v.gr.*, si se trata de donaciones de inmuebles¹, o aquellas que tienen causa onerosa²–.

La transmisión de bienes sin contraprestación alguna fue vista con sumo recelo por los juristas romanos, quienes consideraban que tal cosa podría dar lugar a iniquidades y atropellos. Ello explica que la *Lex Cincia*, del año 204 a. C. – que es la primera norma escrita en la que se menciona la *donatio inter vivos*– prohibiera realizar donaciones de dinero u otros muebles o inmuebles valiosos a “personas no exceptuadas”, y que, posteriormente –durante el período postclásico–, se instituyera la formalidad de la insinuación, como método adicional de protección al patrimonio del donante.

La aludida insinuación, según la doctrina mayoritaria, fue concebida como un requisito de validez, consistente en la

¹ Artículo 1457, Código Civil: «No valdrá la donación entre vivos, de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública, inscrita en el competente registro de instrumentos públicos. Tampoco valdrá sin este requisito la remisión de una deuda de la misma especie de bienes».

² Artículo 1461, Código Civil: «Las donaciones con causa onerosa, como para que una persona abraza una carrera o estado, o a título de dote, o por razón de matrimonio, se otorgarán por escritura pública, expresando la causa; y no siendo así, se considerarán como donaciones gratuitas. Las donaciones con causa onerosa, de que se habla en el inciso precedente, están sujetas a insinuación en los términos de los artículos 1458, 1459 y 1460».

transcripción en los registros públicos que llevaba el *Rector provinciae* o el *Magistratus* de los actos de donación que superaran cierto monto³ (*v.gr.*, activos valuados en más de 500 *solidus*, conforme la regla de Justiniano⁴). Lo anterior, con miras a facilitar que cualquier interesado adoptara medidas orientadas a prevenir que una transferencia gratuita entre vivos encubriera propósitos viles, como el fraude a terceros, la disipación o el expolio patrimonial, entre otras hipótesis.

Ocurre, sin embargo, que los textos legales añejos no describieron con claridad las facultades de los funcionarios encargados de aquella inscripción, lo que imposibilita establecer –con plena certeza– si era de su competencia rechazar el registro de algún contrato de donación, a modo de control oficioso previo, o si debían dejar constancia del mérito que asignaban a la solicitud de insinuación de los estipulantes. De ahí que, durante la edad media, se mantuviera en el *ius commune* la exigencia tradicional de la insinuación, pero sin que los glosadores lograran llegar a un consenso acerca del modo “correcto” de llevarla a cabo.

En efecto, algunos defendían que la insinuación consistía en un simple trámite registral, de naturaleza administrativa, de modo que para su realización resultaba bastante la intervención del notario⁵ (o de este, junto a cierto

³ GUZMÁN-BRITO, Alejandro. *Derecho privado romano, tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1996, p. 623.

⁴ D'ORS, Javier. *Derecho privado romano*. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona. 1991, p. 389.

⁵ BERNAD, Lucía. *Sobre la publicidad en derecho romano postclásico. El supuesto de la insinuatio donationis*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña, n.º 16. 2012, pp. 661-681.

número de testigos hábiles); a su turno, otras hermenéuticas se decantaron por caracterizarla como una auténtica autorización –esto es, un «*acto de autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida*»⁶–, que debía ser conferida de forma motivada por la –para entonces incipiente– justicia pública⁷.

Esta heterogeneidad de criterios se mantuvo durante el período de la codificación, de modo que la insinuación terminó reglamentándose en algunos textos como un mero acto registral, con fines de difusión, y en otros, como trámite judicial autónomo, orientado a obtener una “licencia para donar”. Incluso, en muchos ordenamientos la formalidad fue totalmente eliminada, siguiendo los derroteros trazados por el *Code Napoléon*.

Y debiendo optar por alguna de esas posibilidades, el redactor del Código Civil colombiano –don Andrés Bello– eligió el segundo entendimiento, retomando la descripción que propuso Savigny⁸. Es así como, en su texto original, el estatuto sustantivo civil patrio rezaba: «*Se entiende por insinuación **la autorización de juez competente** solicitada por el donante o donatario. El juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal*» (artículo 1458).

Ahora bien, en un estadio primigenio se consideró que dicha autorización debía venir precedida de un riguroso

⁶ Diccionario de la Lengua Española (RAE).

⁷ CORRAL, Hernán. *En defensa de la insinuatio donationis*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, n.º 3. 1999, pp. 627-647.

⁸ SAVIGNY, Friedrich. *Sistema del Derecho Romano Actual, tomo III*. Ed. P. Góngora & Cía., Madrid. 1879, pp. 137 y ss.

escrutinio y una sólida argumentación judicial, como lo explicó esta Corporación en fallo CSJ SC, 4 abr. 1956, G. J. t. LXXXII, pp. 253-263:

*«En nuestro derecho, la insinuación consiste en la autorización para hacer la donación, concedida por juez competente, a solicitud del donante o donatario. Hallándose limitadas las donaciones por el respeto de los intereses a que anteriormente se hizo mérito, **el juez no puede autorizarlas sino cuando se le demuestre que con ellas no se contraviene ninguna disposición legal, ni se atenta contra tales intereses** El juez **debe resolver la solicitud “con prudente juicio”**, mediante el procedimiento indicado en el artículo 1204 del C. J., oyendo al agente del Ministerio Público y al Síndico Recaudador del impuesto de Sucesiones y Donaciones (L. 63 de 1936, artículo 26), **y exigiendo las pruebas que estime necesarias para asegurar la justicia de su decisión**. Así se deberá comprobar que al donante le quedan bienes con que atender a su congrua subsistencia y que con la donación no se perjudican los derechos de los legitimarios ni se defrauda a los acreedores. El artículo 1458 del C. C. contiene en el fondo una prohibición, en cuanto no permite las donaciones entre vivos de mayor valor de dos mil pesos sin que se hayan insinuado. La infracción de la norma prohibitiva deber a acarrear la nulidad de la donación (artículo 6º) , si la ley no dispusiera expresamente que vale hasta la cuantía señalada y es nula en el exceso, en lo cual sigue nuestro código la misma doctrina del Derecho Romano».*

Pero, con el tiempo, tal severidad se tornó excesiva, no solo ante la existencia de múltiples remedios dispuestos para reconstituir –de ser procedente– el patrimonio del donante, sino de cara a la expansión de los principios de autonomía de la voluntad privada y libre disposición. Así, el legislador

aumentó el límite máximo de las donaciones que no requieren insinuación; se derogaron las normas que imponían la intervención oficiosa del fisco y del ministerio público, y el procedimiento terminó siendo delegado a los notarios, al menos en aquellos casos en los que donante y donatario sean personas “plenamente capaces” (en el sentido que se le otorgaba a esa expresión antes de la entrada en vigor de la Ley 1996 de 2019).

Así quedó consagrado en la reforma del precitado artículo 1458 del Código Civil, introducida por el artículo 1 del Decreto 1712 de 1989, a cuyo tenor: «*Corresponde **al notario autorizar mediante escritura pública** las donaciones cuyo valor excedan la suma de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, **siempre que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal.** Las donaciones cuyo valor sea igual o inferior a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales, no requieren insinuación*».

A través de las disposiciones del citado Decreto 1712 de 1989, se delegó en los fedatarios públicos⁹ la verificación previa de ciertas exigencias formales, imprescindibles para que la insinuación pudiera asentarse en una escritura pública, a saber: (i) capacidad de los contratantes (donante y donatario); (ii) presentación de una solicitud conjunta –a nombre propio, o a través de apoderado– donde conste su voluntad de celebrar la donación; y (iii) aportación de pruebas fehacientes sobre el valor comercial de los activos que se

⁹ Puntualmente, en el notario que tenga su sede en el domicilio del donante, o si este tuviera varios, en el asiento principal de sus negocios; debiéndose agregar que, si en el lugar existieran varias notarías, los contratantes podrán presentar su solicitud de insinuación ante cualquiera de ellas, a prevención.

transferirán, la propiedad del donante sobre estos, y la conservación de recursos para asegurar la congrua subsistencia de dicho estipulante.

De este modo, cuando el notario entienda satisfechos estos requisitos, autorizará que la solicitud de insinuación se asiente en una escritura pública, sin que en tal documento deban registrarse declaraciones o expresiones suyas, pues ese funcionario público no tiene dentro de sus competencias determinar la existencia o el alcance de los derechos intersubjetivos de los contratantes (como la disposición sobre propiedades, o la posibilidad de celebrar un contrato de donación), ni puede adoptar decisiones de ningún tipo relacionadas con estos. Basta, pues, con que la solicitud pertinente y sus anexos se eleven a escritura pública, para que se entienda surtida en legal forma la insinuación que exigen las leyes civiles.

En suma, el trámite actual de la insinuación –al menos en su faceta notarial– retoma elementos de las dos hermenéuticas principales que defendieron los glosadores, pues comprende, de un lado, una verificación de requisitos, atendiendo las previsiones de la ley, y de otro, la emisión de un documento público donde se consigna el querer de donante y donatario, del cual se conserva registro en los libros de protocolo correspondientes, con el propósito de dotar de publicidad a la convención.

4. Caso concreto.

4.1. Breve recapitulación del litigio.

En su escrito inicial, los demandantes pidieron que se declarara la nulidad absoluta del contrato de donación que celebró su abuela materna, Leonor Jaramillo de Martínez, con dos de sus tíos (los demandados), cuyo objeto consistió en la transferencia a título gratuito de 36.218 acciones de la sociedad Bavaria S.A. En sustento de ese reclamo, dijeron que no obraba en el archivo de la Notaría Cuarta del Círculo de Cali, donde se otorgó la escritura de insinuación, la solicitud conjunta que contempla el artículo 1 del Decreto 1712 de 1989.

Este argumento fue desvirtuado en el decurso de la primera instancia, haciéndose notar simplemente que todas las partes del contrato de donación signaron la escritura pública n.º 3100 de 19 de noviembre de 2003, que inicia diciendo que los señores Jaramillo de Martínez y Martínez Jaramillo «*manifestaron (...) que solicitan autorización para que el donante done a los donatarios*», de todo lo cual se sigue la existencia de la petición previa que extrañó la parte convocante. A ello agregó el tribunal –sin reproche de los casacionistas– que las leyes positivas no establecen una formalidad específica para la solicitud de insinuación, de modo que esta pudo ser incluso verbal, siendo lo relevante que su contenido quede vertido en el instrumento público, como en efecto ocurrió en este caso.

Habiéndose desestimado su primigenia censura, tanto en los alegatos de conclusión que expusieron ante el fallador *a quo*, como en la sustentación de la alzada que formularon contra la decisión desestimatoria de primera instancia, los demandantes Aldana Martínez plantearon un nuevo reproche, consistente en que en el acto de insinuación no quedó expresamente consignado que el Notario Cuarto del Círculo de Cali autorizaba la donación, lo cual era, en su sentir, imprescindible para que se entendiera surtida la formalidad prevista en el canon 1458 del Código Civil.

La colegiatura *ad quem* también despachó en forma desfavorable ese argumento, tras considerar que la autorización del notario se encuentra implícita en el hecho de haber consentido en otorgar la escritura pública que recoge la insinuación. Y, en lo medular, fue contra este raciocinio que se alzaron los dos primeros cargos, compendiados *supra*, los cuales se fundamentaron en las causales primera (violación directa) y segunda (violación indirecta) de casación.

De otro lado, al sustentar su recurso extraordinario, los impugnantes añadieron dos nuevas críticas, consistentes en que no se estableció, «*con prueba fehaciente, que la donante conservará lo necesario para su congrua subsistencia*», ni se expuso el mérito de las evidencias aportadas para acreditar «*el valor comercial del bien, la calidad de propietario del donante y que éste conserva lo necesario para su congrua subsistencia*», irregularidades que, en opinión suya, acarrearían la invalidez de la insinuación y, por contera, la nulidad de la donación.

4.2. Análisis de los cargos.

Las líneas compendiadas en el numeral 3. *supra* resultan pertinentes para refutar los argumentos del primer cargo (así como de gran parte del segundo), pues tal como lo advirtiera el tribunal, las leyes sustanciales no exigen que el notario deje constancia en la escritura pública que recoge la insinuación de su “autorización” de aquel acto. Se entiende que la emisión del instrumento público que da cuenta de los términos de la solicitud conjunta de donante y donatario resulta bastante para materializar aquella formalidad y, consecuentemente, dar por satisfecho el requisito de validez que establece el citado canon 1458 del Código Civil.

A lo dicho cabe añadir que no le compete al fedatario exponer el mérito que le asigna a las pruebas del valor comercial del bien, la calidad de propietario del donante y de que este conserva lo necesario para su congrua subsistencia, pues su función no es jurisdiccional, sino de guarda de la fe pública; por ende, resulta suficiente con que verifique que los contratantes aportaron elementos demostrativos que sirvan, a los ojos de un observador razonable, como evidencia fehaciente de las aludidas variables.

Expresado de otro modo, las probanzas que arrimen los estipulantes deben ser objeto de un examen prudente por parte del notario respectivo, antes de que autorice el otorgamiento de la escritura pública de insinuación, pero no por ello sus reflexiones sobre el particular deben ser exteriorizadas y reseñadas –como sí es de rigor al motivar el

análisis probatorio en las providencias de los jueces–, puesto que, como ya se anotó, el trámite notarial no es asimilable a un proceso judicial, ni el instrumento que allí se otorgue equivale a un acto de jurisdicción.

Por tanto, basta con que el panorama fáctico que se representó el notario –como paso previo a permitir que se eleve a escritura una solicitud de insinuación– pueda ser constatado por cualquier individuo medio que examine íntegramente el documento público (es decir, la insinuación propiamente dicha y sus anexos), como parece ocurrir en el asunto *sub exámine*.

Téngase en cuenta que, como anexos de la escritura pertinente, las partes aportaron un certificado del emisor de las acciones donadas, donde consta la propiedad de dichos activos en cabeza de la donante, su valor nominal y en bolsa, y los certificados de pago de las dos mesadas pensionales en favor de la señora Jaramillo de Martínez, a cargo del Departamento de Risaralda y del “Consortio FOPEP”.

Como lo dijera el *ad quem*, de aquella certificación se sigue, sin necesidad de mayores elucubraciones, tanto la propiedad accionaria, como el valor de los bienes objeto de la negociación, pues tales materias fueron expresa e inequívocamente esclarecidas por la sociedad emisora de los títulos de participación social. Y las colillas de pago permiten colegir, también con claridad, que la donante contaba con recursos para continuar sufragando los gastos de su subsistencia, máxime si se tiene en cuenta que los ingresos

netos mensuales derivados de sus mesadas pensionales (\$904.430) eran apenas inferiores a los dividendos anuales que percibía como accionista de Bavaria S.A. (que totalizaron \$14.315.888 en un período de aproximadamente 12 años¹⁰, lo que equivaldría a \$1.192.990 por año, o \$99.415 al mes).

De ello se infiere que si bien las acciones donadas por la señora Jaramillo de Martínez tenían un precio elevado, dada su enorme valorización con el paso del tiempo, aquella no obtenía de tales títulos rentas significativas, sin las cuales le fuera imposible atender los gastos de su congrua subsistencia. Al contrario, casi la totalidad del flujo de caja de la donante provenía del sistema de seguridad social en pensiones (ingresos vitalicios y ascendentes, de acuerdo con el ordenamiento colombiano), de modo que no se ve cómo pudiera haberse visto afectado su modo de vida con la transferencia gratuita que realizó en favor de sus hijos.

Igualmente, los contratantes sostuvieron ante el notario que *«la donación que se pretende efectuar no causará daño a los acreedores de el donante, puesto que el patrimonio de este **no sufre menoscabo sustancial** (...)»*, aseveración que refuerza el cumplimiento de los requisitos que se dieron por satisfechos al instrumentar la insinuación tantas veces referida, comoquiera que quien conserva el capital necesario para cubrir sus débitos, suele reservarse previamente las cantidades que requiere su manutención.

¹⁰ Período comprendido entre la adquisición de las primeras 17.500 acciones (30 de enero de 1992) y la fecha en la que se emitió el certificado que obra como prueba en la escritura pública n.º 3100 de 19 de noviembre de 2003 (esto es, el día 11 de ese mismo mes).

4.3. Conclusión.

Quedó establecido que la norma cuyo quebranto directo se denunció en el primer cuestionamiento admite la lectura que defendió el tribunal en su sentencia, acorde con la cual el requisito del artículo 1458 del Código Civil debe entenderse satisfecho cuando se eleva a escritura pública la solicitud de insinuación de los contratantes –junto con sus anexos– sin que resulte imperativo consignar allí las manifestaciones del notario que extrañaron los impugnantes.

A lo anterior se añade que el análisis probatorio que permitió a la colegiatura de segunda instancia desestimar la nulidad absoluta invocada no resulta contraevidente; por el contrario, se muestra como una hermenéutica razonable del material probatorio recaudado, particularmente, del contrato de donación y del acto de insinuación que le precedió y sus anexos, lo cual descarta la existencia del yerro fáctico al que se refieren las dos censuras postreras.

Así las cosas, los cargos no prosperan.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. NO CASAR la sentencia de 29 de julio de 2020, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso verbal que promovieron Alejandro y Daniel Aldana Martínez contra Bernardo y José Ignacio Martínez Jaramillo.

SEGUNDO. CONDENAR a la parte actora, como impugnante vencida, al pago de las costas procesales de esta actuación. En la liquidación respectiva inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6'000.000), por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese y cúmplase

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Francisco Ternera Barrios

Alvaro Fernando Garcia Restrepo

Hilda Gonzalez Neira

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Luis Armando Tolosa Villabona

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

Código de verificación: 86454CA1AC4086F859DA6DEB17A8AB26247184AFA72E12A5116A9D882EEEDF12

Documento generado en 2021-09-07