Providencia recopilada por GMH abogados
Adquiere nuestra suscripción en
www.gmhabogados.com.co/tienda-2
WhatsApp 313-8836491

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Magistrado ponente

SC5131-2020
Radicación n.° 11001-31-03-031-2004-00250-01
(Discutido y aprobado en sesión virtual de primero de octubre de dos mil veinte)

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre dos mil veinte (2020).-

Decide la Corte el recurso extraordinario de casación que **MARÍA MERCEDES ÁLVAREZ DE RENGIFO**, **MARÍA DEL ROCÍO** y **NORMA CONSTANZA RENGIFO ÁLVAREZ** interpusieron frente a la sentencia del 6 de abril de 2015, adicionada el 3 de junio siguiente, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario que contra ellas promovió **YESID RENGIFO ESPINOSA**.

ANTECEDENTES

1. En el libelo inicial se solicitó declarar la nulidad absoluta de la escritura pública No. 02255 del 24 de junio de 2002, otorgada ante la Notaría Treinta del Círculo de la

capital de la República, y como consecuencia del acogimiento de esa súplica, que se ordenara la inscripción del fallo en la oficina de instrumentos públicos correspondiente.

2. En sustento de esas pretensiones, se relataron los siguientes hechos:

2.1. Mediante la mencionada escritura pública, María Mercedes Álvarez de Rengifo donó, sin el consentimiento del demandante, la nuda propiedad sobre el inmueble ubicado en la calle 8 A No. 37-82 de Bogotá, el cual fue adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal conformada por aquella y Yesid Rengifo Espinosa.

2.2. Con ese negocio jurídico, la convocada buscó fraudulentamente reservarse para sí el usufructo de un bien social, e impedir la liquidación de la sociedad conyugal como ordena la ley.

2.3. El referido acto notarial produjo un perjuicio notorio y cuantioso, pues el predio objeto del mismo, de acuerdo con el formulario del impuesto predial anexado a la escritura pública, tiene un valor de trescientos setenta y nueve millones ciento setenta y un mil pesos ($379.171.000).

2.4. La escritura pública aludida es nula desde el punto de vista formal, ya que se omitió uno de los requisitos esenciales previstos en el artículo 99 del Decreto 960 de

1970, consistente en el otorgamiento de un poder suficiente a quien representó los intereses de María del Rocío Rengifo Álvarez y Norma Constanza Rengifo Álvarez, en la medida en que el conferido carecía de la facultad para que la mandataria se manifestara *"en cuanto a la insinuación de la donación"*[1].

2. Se repartió la demanda al Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, y este la admitió con auto del 7 de julio de 2004[2].

3. Notificada personalmente María Mercedes Álvarez Gracia por intermedio de apoderada, contestó el libelo pronunciándose sobre cada uno de los hechos, se opuso a las pretensiones y como excepción de mérito alegó *"Inexistencia de la causal invocada para anular la escritura"*[3], esto último, por cuanto el poder que se otorgó por las beneficiarias de la donación y que se protocolizó en la escritura pública No. 2255 del 24 de junio de 2002, contenía *"todas las facultades necesarias para el cumplimiento del mandato"*, además que ese instrumento fue aclarado y ratificado con la escritura No. 1688 del 8 de mayo de 2003, *"con lo que se obvió cualquier falacia (sic) en lo relativo a la insinuación"*[4].

5. Citadas como fueron para integrar el litisconsorcio necesario, María del Rosario Álvarez de Rengifo y Norma

[1] Folios 17 a 22 del c. 1.
[2] Folio 32 *ib.*
[3] Folio 103 a 107 *ib.*
[4] Folios

Constanza Rengifo Álvarez, replicaron la demanda en los mismos términos en que lo hizo la otra convocada[5].

6. Agotadas las etapas previstas para la primera instancia, el juzgado de conocimiento le puso fin con sentencia del 26 de junio de 2014, en la que declaró probada la excepción de mérito propuesta por la parte accionada, negó las pretensiones de la demanda, condenó en costas a la reclamante y ordenó levantar las medidas cautelares decretadas[6].

7. Al desatar la apelación que contra esa providencia interpuso la parte demandante, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dictó sentencia el 6 de abril de 2015, en la que revocó la del *a-quo*, y a cambio, declaró la nulidad absoluta del contrato de donación celebrado entre María Mercedes Álvarez de Rengifo como donante, y María del Rocío y Norma Constanza Rengifo Álvarez como donatarias, respecto del inmueble ubicado en la calle 8 A No. 37-90 de esta ciudad y distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 50C-0041797, contenido en las escrituras públicas No. 02255 de 24 de junio de 2002 y 1688 de 8 de mayo de 2003, ambas otorgadas en la Notaría Treinta del Círculo de Bogotá. Así mismo, se dispuso en ese fallo la cancelación de dichas escrituras públicas[7].

[5] Folios 313 a 316 del c. 2.
[6] Folios 477 a 487 del c. 2.
[7] Folios 32 a 42 del c. 5.

8. Mediante decisión del 3 de junio de 2015, el Tribunal emitió sentencia complementaria, con la cual se resolvió adicionar el fallo de segunda instancia, para también *"Negar la pretensión de inscripción del embargo decretado por el Juzgado Diecisiete de Familia de Bogotá, en el proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio católico promovido por Yesid Rengifo Espinosa contra María Mercedes Álvarez Gracia"*[8].

EL FALLO DEL *AD QUEM*

1. De entrada, advirtió el cumplimiento de los presupuestos procesales y la inexistencia de motivos que pudieran ocasionar la invalidación de lo actuado.

3. A continuación, expuso que la nulidad de los negocios jurídicos puede ser absoluta o relativa, entendiéndose por la primera, según las previsiones del artículo 1741 del Código Civil, *"la producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan"*, así como la derivada de su celebración por personas absolutamente incapaces, en tanto que *"cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa"*.

3. Después, anotó que la nulidad que aquí interesa, la absoluta, puede y debe ser declarada oficiosamente por el

[8] Folios 47 a 50 del c. 5.

juez, cuando el respectivo vicio se evidencia de la simple lectura del acto o contrato, y que es susceptible de saneamiento por ratificación de las partes, salvo que se origine en objeto o causa ilícita, y en todo caso por prescripción extraordinaria.

4. Con apoyo en los anteriores supuestos normativos, señaló que la donación cuestionada adolece de uno de los requisitos que la normatividad prescribe para la eficacia de las donaciones, como es la prueba del valor comercial del inmueble objeto del negocio jurídico, exigencia consagrada en el artículo 3° del Decreto 1712 de 1989.

5. Precisó, en consecuencia, que en la escritura pública 2255 del 24 de junio de 2002, se adosó *"el formulario para declaración sugerida del impuesto predial unificado"* del predio donado, que no suple el avalúo requerido legalmente, ya que uno y otro corresponden a situaciones distintas, según el artículo 2° del Decreto 1420 de 1998 y los artículos 12 y 13 del Decreto 87 de 1993.

Anotó que, de esa forma, no es factible equiparar esos dos modos de evaluación, habida cuenta que son sustancialmente distintos, en cuanto a que uno y otro, en palabras de la Corte, *"tienen naturalezas, metodologías y finalidades diferentes que impiden asimilarlos"*.

6. Indicó así el Tribunal, que cuando el artículo 3° del Decreto 1712 de 1989 ordena acreditar el avalúo comercial del bien materia de donación, no basta con presentar el

avalúo catastral, porque con este no se demuestra el costo real que en el mercado tiene un inmueble en una época y lugar determinado.

7. Concluyó el *ad-quem*, que al no cumplir la donación *"con esa particular formalidad"*, la cual aparece de manifiesto en el contrato y como al litigio concurrieron todas las personas que suscribieron la convención, *"procede de oficio su anulación"*.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Tres embates se formulan para combatir la sentencia del *ad quem*, todos con fundamento en la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil: el inicial y el tercero por violación directa de la ley sustancial, y el segundo por la infracción indirecta de la normatividad material.

De ellos, únicamente se despachará el primero, por estar llamado a ser acogido, y porque su alcance sirve para infirmar integralmente el fallo de segunda instancia.

PRIMER CARGO

Se acusa el fallo impugnado por violar directamente, al interpretarlos de manera errónea, los artículos 1457, 1458, 1741, 1742 y 1746 del Código Civil; y el 3° del Decreto 1712 de 1989.

En el desarrollo de la censura, se transita el siguiente sendero:

1. No es el propósito de este cargo controvertir las bases probatorias de la decisión cuestionada, sino que el mismo apunta, en un primer momento, a dejar sin piso la conclusión jurídica del Tribunal, según la cual, es motivo de nulidad absoluta de la donación que en la respetiva escritura pública no exista prueba del valor comercial del inmueble materia del negocio jurídico, pues, en ningún momento el ordenamiento jurídico ha condicionado su validez a la existencia de dicho elemento de acreditación, y mucho menos ha sancionado con nulidad absoluta su falta.

2. Se trata entonces de señalar, contrario a lo expuesto por el Tribunal, que en la donación de bienes inmuebles, lo único que resulta necesario es que se realice la insinuación si se supera el monto de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes exigido en el artículo 1458 del Código Civil. Adicionalmente, según el canon 1457 *ibídem*, cuando la donación versa sobre inmuebles, es requisito para su validez que ella sea otorgada por *"escritura pública inscrita en el competente registro de instrumentos públicos"*.

3. Con la insinuación ante notario, se busca proteger, en esencia, los intereses del donante en razón de la cuantía del negocio, como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte, lo que significa que cuando la donación excede de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo que importa es que se realice la insinuación notarial como medida de

protección, y no que se adjunte un elemento probatorio que demuestre el verdadero valor comercial del predio.

4. Si bien es cierto que el artículo 3° del Decreto 1712 de 1989 señala que la escritura pública correspondiente a la donación debe contener *"la prueba fehaciente del valor comercial del bien"*, también lo es que en ningún momento esa norma está indicando que la citada probanza es requisito indispensable para la validez del negocio, y mucho menos recrimina su ausencia con nulidad absoluta, porque lo que se sanciona es *"que se celebre una donación que exceda de 50 salarios sin que se realice la insinuación"*.

5. La conclusión expresada por el Tribunal implica desconocer, de un lado, que con la insinuación se busca proteger los intereses del donante cuando la donación supera el monto referido, lo que se consigue aportando a la escritura la prueba (avalúo catastral o comercial) de que el inmueble vale más de 50 *s.m.l.m.v.*; y del otro, imponer la máxima sanción de ineficacia jurídica de un negocio jurídico, pese a no haber norma que la imponga , porque ni el artículo 1458 del Código Civil ni el 3° del Decreto 1712 de 1989 consagran que no adosar a la escritura respectiva de donación la prueba del valor comercial del inmueble, genera nulidad absoluta.

6. Lo anterior implica, en consecuencia, que hubo violación de los prenombrados preceptos, al interpretarlos indebidamente el Tribunal, y también vulneración del artículo 1742 del Código Civil, por haberse aplicado pese a

que no gobierna la situación controvertida, toda vez que se decretó una nulidad sin respaldo legal, a lo que se agrega que no podía acudirse al artículo 1746 *ibídem*, que regula las consecuencias de la invalidez.

7. De otro lado, suponiendo que la falta de un avalúo comercial del inmueble objeto de donación ocasione nulidad del negocio jurídico, la verdad es que no se trata de un vicio que aparezca de manifiesto en el acto, como lo exige el artículo 1740 del Código Civil, ya que no es una irregularidad manifiesta que se acompañe a una escritura la prueba del valor catastral y no del comercial del bien, pues para saber si la primera es insuficiente y la segunda la eficaz, debe hacerse una serie de consideraciones de carácter legal, reglamentario y jurisprudencial en torno a los dos tipos de avalúos, como lo hizo el Tribunal, lo que excluye la notoriedad del supuesto vicio.

Así, no era posible para el Tribunal acudir al deber oficioso de que trata el artículo 1742 *ibídem*, porque ello solo es factible cuando *"el vicio sea evidente, palmario, notorio y visible"*.

CONSIDERACIONES

1. Como se vio con anterioridad, el Tribunal declaró oficiosamente la nulidad absoluta del contrato de donación materia del proceso, al estimar que a este le falta uno de los requisitos que la normatividad prescribe para su eficacia, consistente en aportar, junto con la escritura pública

respectiva, la prueba fehaciente del valor comercial del inmueble objeto del negocio jurídico (descartando que esta fuera el avalúo catastral del predio), conforme se exige en el artículo 3° del Decreto 1712 de 1989, que reglamenta la manera en la que debe realizarse la insinuación en dicha clase de negocios jurídicos.

2. La tesis principal que se expone en la censura que se examina, radica en que no es motivo de nulidad absoluta del contrato de donación, que en la escritura pública correspondiente no exista un avalúo comercial del inmueble materia del negocio jurídico, pues, en ningún momento el ordenamiento jurídico ha condicionado su validez a la existencia de ese específico elemento de acreditación, y mucho menos ha sancionado con invalidez su falta, porque lo que genera esa clase de ineficacia, según el artículo 1458 del Código Civil, es la ausencia de insinuación en las donaciones superiores a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, o que el negocio no se formalice con escritura pública, cuando se trata de inmuebles.

3. Así las cosas, el *sub-lite* versa sobre una acusación orientada por la vía directa, donde el quebrantamiento de la ley sustancial acontece, en palabras de la Corte, *"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..."[9].

4. Está a salvo de discusión, y es útil para contextualizar la decisión que se está adoptando, lo siguiente:

4.1. En el expediente milita la tercera copia de la escritura pública 2255, otorgada el 24 de junio de 2002 en la Notaría Treinta del Círculo de Bogotá[10].

4.2. El instrumento público contiene la donación de la nuda propiedad, respecto de un inmueble ubicado en la capital de la República, y distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria 50C-41797.

4.3. Como donante aparece María Mercedes Álvarez de Rengifo, y como donatarias María del Rosario y Norma Constanza Rengifo Álvarez, representadas las dos últimas por la abogada María Nelly Santamaría Oviedo, de acuerdo con los poderes especiales aportados, en los cuales, se le concedieron las facultades *"de que trata el Art. 70 del C. de P. C., en especial las de recibir, decidir, transigir, conciliar, expresamente la de firmar la escritura pública (...) y todas las demás necesarias para el cumplimiento del mandato ...".*

4.4. La escritura pública incorpora, igualmente, la manifestación de los contratantes acerca de efectuar la

[9] Sentencia de 1° de noviembre de 2011, Rad. 2006-00092-01
[10] Folios 94 a 102 del c. 1.

"insinuación de donación", en razón a que la misma *"excede los cincuenta (50) salarios mínimos mensuales"*, y la petición para que el Notario la autorice, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 1° del Decreto 1712 de 1989.

4.5. Por último, se autorizó por el Notario el instrumento, dejando constancia de la aportación de un *"formulario para declaración sugerida del impuesto predial unificado"* del inmueble materia del negocio jurídico, que relaciona como autoavalúo la suma de $379.171.000; y de la indicación de la donante, bajo la gravedad del juramento, de que *"conserv(a) lo necesario para (su) congrua subsistencia"*.

5. Con ese preámbulo, entonces, cumple averiguar si al declarar oficiosamente la nulidad del contrato de donación en comento, por desestimar la idoneidad del avalúo catastral aportado y echar de menos en la escritura pública respectiva el avalúo comercial del inmueble donado, el Tribunal vulneró las normas sustanciales citadas.

Al respecto, la Sala empieza por observar, como ya lo ha hecho en otras oportunidades[11], que por medio del Decreto 1712 del 1° de agosto de 1989, en la legislación colombiana se ajustaron las reglas y la competencia para autorizar la insinuación de las donaciones, modificándose así las previsiones que originalmente traía sobre la materia el artículo 1458 del Código Civil.

[11] CSJ SC de 14 de agosto de 2006, Rad. 2001-00029-01

En efecto, con ese Decreto se autorizó que la insinuación -cuando ella fuera menester por exceder lo donado 50 s.m.l.m.v.- se efectuara ante notario, quien se encargaría de autorizar la donación cuando la misma proviniera del común acuerdo de los contratantes, fueran ellos capaces y no se contrariara con el acto jurídico ninguna disposición legal (artículo 1°). Se precisó, asimismo, que la petición (de autorización) se debía realizar personalmente por los interesados o por sus apoderados (art. 2°), y que la escritura pública de rigor, además de los requisitos que le son propios, debe contener *"**la prueba fehaciente del valor comercial del bien**, de la calidad de propietario del donante y de que éste conserva lo necesario para su congrua subsistencia"* (art. 3°, resaltado).

De manera que, en virtud de dicha reforma, se mantuvo la exigencia de la insinuación para ciertas donaciones (las que excedan de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes), y se incorporaron algunos requisitos probatorios a anexarse en la respectiva escritura pública, en procura de salvaguardar los intereses del donante, pues con ellos, por ejemplo, se busca que el donante no quede sin los recursos indispensables para su adecuado sostenimiento, o evitar que los bienes a donar sean declarados por un valor inferior al que requiere insinuación.

Ahora bien, en relación con el citado artículo 3°, incluido lo relativo al avalúo comercial del bien objeto de donación, la Corte corroboró que allí se estaba en presencia de una exigencia probatoria, frente a la cual no se había

instituido una tarifa legal. En efecto, se dijo por esta Corporación que

> *"Es ostensible que ese precepto, no condicionó la acreditación que él mismo reclama, a un medio de convicción específico sino que, por el contrario, respetó la regla general del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, consistente en que existe libertad probatoria para demostrar los hechos cuya comprobación demanda la ley, salvo que se trate de actos en relación con los se prevean 'solemnidades', supuesto en el que deberán acatarse la respectivas formalidades. La aplicación del principio comentado en precedencia -libertad probatoria-, no debe confundirse con el valor demostrativo que corresponda asignarse a los elementos de juicio, aspecto éste de la prueba dentro del que se ubica el concepto de 'prueba fehaciente', utilizado en la norma a que se viene haciendo alusión, así como en las demás señaladas por el censor. Ahora bien, si 'fehaciente', según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa 'que hace fe, fidedigno', propio es entender que 'prueba fehaciente' es aquella que da fe de un hecho en forma fidedigna, esto es, sin margen de duda, plenamente, sin discusión. En tal orden de ideas, propio es colegir, entonces, que el legislador, en relación con el acto de la insinuación notarial, estableció como requisito que, al momento de decidirse sobre su concesión, el funcionario obligado a ello determine si ante él y para los fines de su otorgamiento, se demostró fehacientemente, esto es, sin duda, ni controversia de los interesados, para lo cual éstos contaban con total libertad probatoria, el valor comercial del bien que se va a transferir, que su dominio recae en el donante y que éste mantuvo en su poder activos patrimoniales suficientes para atender su congrua subsistencia. Ninguna otra puede ser la hermenéutica de la norma en comento, pues toda formalidad impuesta por el legislador adquiere sentido solamente cuando se la conecta con la finalidad que ella persigue. Con otras palabras, si la escritura contentiva de la insinuación notarial debe contener la prueba fehaciente de las circunstancias advertidas en el artículo 3° del Decreto 1712 de 1989, es porque, para la concesión de esa autorización, el notario debe tener plena convicción de que el precio comercial del bien a donar, supera el equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales, que es el tope previsto en el artículo 1° de la misma compilación legal; que la propiedad del respectivo inmueble está en cabeza del donante; y que éste, como sus dependientes económicos y acreedores, no van a resultar negativamente afectados con la donación. El entendimiento que de la norma analizada se deja consignado, descarta que, en el caso sub lite, el Tribunal hubiese incurrido en el desacierto jurídico que se le imputó en el cargo primero, pues no es verdad, como equívocamente lo planteó el recurrente, por una parte, que el carácter de 'prueba fehaciente' en ella previsto, niegue la 'libertad probatoria' que esa Corporación reconoció que tenían*

los interesados en la insinuación notarial, para demostrar las circunstancias advertidas en el precepto de que se trata; y, por otra, que la única forma como podía atenderse esa carga legal, era con la prueba documental"[12].

Vistas así las cosas, se tiene que, en este caso, el Tribunal desatendió el genuino sentido del referido artículo 3°, valga anotar, lo interpretó equivocadamente, al exigir una prueba específica para acreditar el valor comercial del predio donado, porque como se reseñó, el legislador no impuso allí una tarifa legal de prueba, quedando en libertad los contratantes para aportar los medios demostrativos para llevar al pleno o **fehaciente** convencimiento de lo declarado sobre dicho aspecto.

Por lo tanto, si con el documento adjuntado en ejercicio de la libertad probatoria deferida (avalúo catastral), las partes contratantes y el Notario quedaron persuadidos en su momento de que el fundo valía más de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que por esa razón se requería la insinuación que en efecto propusieron, no tenía cabida la nulidad absoluta declarada por el Tribunal al amparo de los artículos 1741 y 1742 del Código Civil, porque ella solo era posible decretarla *"por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos..."* (art. 1741 ib.), y el requisito y formalidad para el negocio jurídico en cuestión, esto es, insinuación y escritura pública, sí se llevaron a cabo,

[12] CSJ SC 10169-2016

atendiendo los designios de los artículos 1457[13] y 1458 de la citada obra, con las modificaciones al último introducidas por el Decreto 1712 de 1989.

6. Adicionalmente, se encuentra que el *ad-quem* se aferró indebidamente al tenor literal del artículo 3° del Decreto 1712, y al de otras disposiciones como el artículo 2° del Decreto 1420 de 1998 y los artículos 12 y 13 del Decreto 87 de 1993, para inferir de la aportación de un avalúo catastral y de la no incorporación de un avalúo comercial, el incumplimiento, en la escritura pública estudiada, de los requisitos para la donación acordada entre María Mercedes Álvarez de Rengifo (donante) y María del Rocío y Norma Constanza Rengifo Álvarez (donatarias).

Es decir, que más allá de que desde el punto de vista técnico avalúo comercial y catastral sean conceptualmente diferentes, lo cierto es que no fue el propósito del legislador, con el artículo 3° del Decreto 1712 de 1989, establecer un rigorismo extremo para acreditar algunos aspectos propios de la insinuación, como el valor comercial del bien donado, dado que en este punto como en los otros dos que allí se mencionan, no se exigió una prueba específica, sino un medio de convicción *"fehaciente"* o certero.

Y es que al mirar con detenimiento la nueva regulación sobre la insinuación en las donaciones, ya dijo la Corte, que en lo ***"fundamental"***, la novedad consistió en cambiar la

[13] Según este precepto, *"No valdrá la donación entre vivos, de cualquier especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública, inscrita el competente registro de instrumentos públicos"*.

autoridad ante la que se surte la insinuación, y en aumentar el valor de las donaciones que reclaman esa formalidad.

En efecto, se precisó por esta Sala que

> *"(E)n lo fundamental la modificación al artículo 1458 no consistió más que en aumentar, por razones obvias, de dos mil pesos a cincuenta salarios mínimos el valor a partir del cual la donación ha de ser insinuada y de otro lado, en facultar al notario para otorgar la correspondiente autorización en los eventos 'en que donante y donatario sean plenamente capaces, lo soliciten de común acuerdo y no se contravenga ninguna disposición legal'"*, agregando que *"no podría concluirse más que la finalidad de la insinuación, que obedece a 'intereses de orden superior', no es en el fondo otra que la de proteger al donante, quien en tal virtud, antes como ahora deberá demostrar para obtener esa autorización que conserva lo necesario para su congrua subsistencia (artículo 3° decreto 1712 de 1989), lo cual explica que el comentado requisito sea en lo esencial meramente cuantitativo. Al fin y al cabo, hay que decirlo, donar no es de ninguna manera un acto ilícito; jamás lo ha sido y muy seguramente jamás lo será; y al punto resulta ser así que la ley nunca ha mirado con malos ojos, desconfiadamente, a quien es magnánimo, bienhechor con sus congéneres. Antes bien, aceptando la filantropía y el altruismo de algunos, adopta medidas, como de hecho lo es la insinuación, para precaver que esa generosidad no llegue a extremos tales que pueda comprometer su propia subsistencia o la de los suyos"*[14].

Sobre esa base, se observa que el decreto de una nulidad absoluta por falta de uno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del contrato de donación, no podía, como lo entendió acá Tribunal, ser la consecuencia de una mera operación mecánica desprovista de análisis sobre los alcances de la norma que fija las reglas de la insinuación o de los intereses que se protegen con la misma, pues como lo ha indicado la doctrina, *"De plano se excluye que la invalidez pueda constituir una pura*

[14] CSJ SC de 16 de diciembre de 2006, Exp. 7593.

consecuencia lógica de la defectuosidad del supuesto de hecho (...) La invalidez es una figura iuris, o sea creada por la ley, a la que, en consecuencia, ha de mirarse para establecer cuándo se recurre a ella y en qué forma, cuál es su disciplina, etc."[15].

Y en ese orden de ideas, si el propósito del Decreto 1712 de 1989 fue garantizar que en las donaciones sobre bienes de cuantía superior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, no se soslayara la insinuación o autorización notarial, claramente que ese objetivo se cumplió en este proceso, porque a partir del avalúo catastral presentado, los interesados de entrada reconocieron que el inmueble materia de donación superaba dicho monto, por lo que sometieron el negocio jurídico a la autorización previa o insinuación notarial, la que en efecto se surtió, no habiendo manera entonces para acudir a una nulidad absoluta, como la decretada por el *ad-quem*, y menos cuando la nulidad sustancial de un negocio jurídico, entendida como sanción civil o reacción adversa del ordenamiento, solo puede tener lugar ante transgresiones manifiestas de sus postulados esenciales[16].

7. Por consiguiente, al echar de menos un requisito no previsto en la normatividad en los términos en los que lo entendió el fallo censurado, y con base en ese equívoco, haber decretado la nulidad absoluta del contrato sometido a consideración, el Tribunal terminó vulnerando algunas de

[15] SCOGNAMIGLIO, Contributo alla teoria del negozio giuridico, citado por HINESTROSA, Fernando, Tratado de las Obligaciones II, Volumen II, Universidad Externado de Colombia, pág. 714.

las normas invocadas en sustento del cargo, pues, como se explicó con antelación, interpretó erróneamente el artículo 3° del Decreto 1712 de 1989, y aplicó indebidamente los cánones 1741 y 1742 del Código Civil.

8. En consecuencia de todo lo hasta aquí razonado, el cargo prospera, y de contera, al desvirtuarse con esta censura el fundamento toral de la sentencia impugnada, la misma debe ser casada para, en su lugar y en sede de instancia, proferir la que deba reemplazarla, a lo que se procederá a continuación.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. La decisión apelada

Se recuerda que en la sentencia del *a-quo* se resolvió: *"Declarar probada la excepción de mérito propuesta por la pasiva, denominada 'inexistencia de la causal invocada para anular la escritura'"*; negar las pretensiones de la demanda; condenar en costas a la accionante; y levantar las medidas cautelares decretadas.

Para arribar a esa determinación, el juzgador empezó dando por sentada la existencia de los presupuestos procesales; la ausencia de causal de nulidad que invalide lo actuado; y la legitimación para accionar en el demandante, porque si bien es un tercero a la relación contractual cuestionada, la misma recayó sobre un bien social, y su invalidez aparejaría para él un beneficio actual y serio, dado

que el inmueble ingresaría a la liquidación de la sociedad conyugal.

A continuación, se centró en los problemas jurídicos que indicó fueron planteados, relacionados con determinar si se estructuró la nulidad de la donación objeto del proceso, por haberse celebrado sin el consentimiento de Yecid Rengifo Espinoza en calidad de cónyuge de la donante, y la insuficiencia del poder otorgado por las donatarias a su abogada, por falta de facultad expresa para realizar la insinuación.

Respecto del primero, encontró que la donante no requería autorización para efectuar la aludida donación, por tener la libre disposición de sus bienes, debiendo en todo caso a la sociedad el valor de la misma de acuerdo con el artículo 1798 del Código Civil; y en relación con el segundo, que habiéndose conferido poder por las donatarias para que su abogada aceptara y firmara la correspondiente escritura pública, debía entenderse que se encontraba también facultada para efectuar la insinuación, porque no hay norma que señale que esta requiere facultad expresa, amén de que con la escritura pública No. 1688 del 8 de mayo de 2003, otorgada en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, se aclaró y ratificó la anterior, contentiva de la donación, y se protocolizaron nuevos poderes, en los cuales, se entregó el mandato de *"solicitar, aceptar y ratificar la donación"*.

Concluyó así que no existían las circunstancias requeridas para decretar la nulidad solicitada, y que alegaciones concernientes a haberse realizado la donación

para defraudar al accionante, escapan del objeto de este proceso[17].

2. **La apelación**

El demandante impugnó el fallo de primera instancia con soporte en dos argumentos concretos:

2.1. El poder otorgado por las donatarias Norma Constanza y María del Rosario Rengifo Álvarez, facultó a la abogada María Nelly Santamaría Oviedo para que ella firme la escritura pública de donación, pero no para que en nombre de sus mandantes realizara la insinuación, como acto previo a ese contrato.

2.2. El negocio jurídico censurado es inválido, atendiendo lo dispuesto en los artículos 1740 y 1741 del Código Civil, porque carece del avalúo comercial del inmueble donado, como lo exige el artículo 3° del Decreto 1712 de 1989.

3. Alcance del fallo sustitutivo

La decisión que se toma por la Corte ahora, en sede de instancia, se ocupará únicamente del primer reparo al fallo del *a-quo*, porque el segundo se analizó en el recurso de casación, al punto que, por los razonamientos allí consignados, se descartó la nulidad absoluta del contrato

[17] Folios 477 a 487 del cuaderno 2.

de donación, decretada por el Tribunal, y se casó su providencia de segundo grado.

4. **Generalidades sobre la nulidad *"formal"* de las escrituras públicas**

El marco de las sanciones civiles a los actos que no se someten a los postulados legales para su conformación, no se circunscribe a las tradicionales nulidades absoluta y relativa de que da cuenta el Código Civil, pues, el ordenamiento, para los denominados actos notariales, tiene prevista también una nulidad *"formal"* en el artículo 99 del Decreto 960 de 1970, en el evento de omitirse los siguientes presupuestos esenciales:

> *"1. Cuando el Notario actúe fuera de los límites territoriales del respectivo Círculo Notarial. 2. Cuando faltare la comparecencia ante el Notario de cualquiera de los otorgantes, bien sea directamente o por representación. 3. Cuando los comparecientes no hayan prestado aprobación al texto del instrumento extendido. 4. Cuando no aparezcan la fecha y el lugar de la autorización, la denominación legal del Notario, los comprobantes de la representación, o los necesarios para autorizar la cancelación. 5. Cuando no aparezca debidamente establecida la identificación de los otorgantes o de sus representantes, o la forma de aquellos o de cualquier compareciente. 6. Cuando no se hayan consignado los datos y circunstancias necesarios para determinar los bienes objeto de las declaraciones".*

Esas exigencias, cuya falta se sanciona con nulidad, son taxativas, y no se predican, ya lo ha señalado la Sala, del negocio jurídico formalizado, sino del instrumento público entendido como acto autónomo[18], es decir, que una es la nulidad que puede surgir de la escritura pública por la

[18] SC17154-2015

desatención de alguno de los motivos expresos concebidos en el artículo 99 del Decreto 960 de 1970, y otra, diferente, la nulidad absoluta por falta de alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor de ciertos actos o contratos, prevista en el artículo 1741 del Código Civil, aspecto sobre el cual la Corte ha pregonado:

> *"Es posible, naturalmente, que el contenido de la escritura, cuando es negocial, adolezca de una causal de nulidad, mas no por semejante motivo se verá comprometido el instrumento en sí. En el mismo orden de ideas, si sobre la escritura pública gravita uno de los motivos de nulidad indicados en el artículo 99 del Dto. 960, su contenido, por lo menos en principio, no tiene por qué sufrir influencia de ninguna especie de ese hecho, puesto que se está ante dos entidades que jurídicamente se conciben o captan de manera autónoma, así estén conectadas en la medida en que la escritura dice de la declaración. Otra cosa, por supuesto, será que con ocasión de la declaratoria de invalidez de la escritura, desaparezca también su contenido cuando este no puede permanecer sin el sustento de aquella por ser condición de su propia existencia; sin embargo, aún en tal caso, la cuestión siempre se sopesará desde el ángulo del instrumento y no desde el de las declaraciones en ella consignadas. Por tanto, cabe afirmar que las declaraciones en sí mismas desempeñan un papel neutro o indiferente respecto de las exigencias formales de la escritura pública, de donde se sigue que estas exigencias de índole formal ninguna dependencia crean respecto de lo que determine la ley sustancial acerca de esas declaraciones"*[19]. (Subraya fuera de texto).

Esa disímil naturaleza de las nulidades sustanciales y la formal, no es exclusiva del derecho colombiano, como lo constata la doctrina de los autores extranjeros, al enseñar que

> *"El documento público puede ser nulo por inobservancia de las solemnidades legales (nulidad formal), pero en ocasiones el instrumento es eficaz porque es nulo el negocio jurídico que contiene la escritura. Como dice Gutiérrez de Cabiedes, desde Carnelutti viene separándose con toda nitidez por la dogmática jurídica dos cuestiones esencialmente diferentes: el acto*

[19]CSJ SC Noviembre 31 de 1998 radicación n. 4826, reiterada en SC17154-2015.

(declaración de conocimiento o de voluntad) y el documento (instrumento que incorpora dicho acto) y como indica Helmut Coing entre solemnidad externa, o forma externa del negocio jurídico y solemnidad interna, o exigencias que se refieren al contenido del acto jurídico. De ahí que se hable de nulidad de contenido, cuando lo que es nulo es el negocio objeto del instrumento, que se rige por las normas sustantivas de derecho civil, mercantil, etc., y nulidad del documento que como indica Gattari, tiene lugar cuando no reúne los requisitos necesarios para su validez exigidos por la legislación en el momento de su creación y no narra los hechos tal y cual sucedieron a la presencia del notario"[20].

5. **La falta de comparecencia ante el Notario de cualquiera de los otorgantes, bien sea directamente o por representación, como causal de nulidad formal de la escritura pública**

El citado es el segundo motivo de nulidad formal de los instrumentos, contemplado en el artículo 99 del Decreto 960 de 1970, y que fue, precisamente, el invocado en la demanda con la que se dio inicio a este proceso.

En virtud del mismo, se garantiza que la versión escrita de lo declarado en la escritura pública y su otorgamiento, es decir, el asentimiento del texto extendido, provenga verdaderamente de las personas que se indica en el texto se comprometen negocialmente, no bastando así que el Notario relacione formalmente por su identidad a los otorgantes, sino que debe dar fe de su asistencia, bien directa o por conducto de su representante, posibilidad esta última que confiere la ley, y que no se limita a la representación legal, sino también a la voluntaria, producto, por ejemplo, de un contrato de mandato para

[20] GÓMEZ-FERRER SAPINA, Rafael, Nulidad del Instrumento Público, en: Derecho Notarial Valencia, BORREL, Joaquín (Coordinador), Tirant lo Blanch, págs. 813 y 814.

ciertas gestiones generales o específicas, o como consecuencia, igualmente, de un apoderamiento específico para el acto concreto que se formaliza.

No es de extrañar, entonces, que entre los juicios que emite el Notario en el desempeño de sus funciones de fedatario, el más básico y esencial consista en dar fe de la presencia e identidad de los otorgantes.

De la importancia de ese deber de constatación para el Notario, dan cuenta varios preceptos del Decreto 960 de 1970: Así, el 14 señala que *"La recepción consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el Notario los interesados..."*; el 17 indica que *"El Notario revisará las declaraciones que le presenten las partes, redactadas por ellas o a su nombre..."*, el 24 previene que *"La identificación de los comparecientes se hará con los documentos legales pertinentes, dejando testimonio de cuáles son éstos"*, el 25 prevé que *"En la escritura se consignarán el nombre, apellido, estado civil, edad y domicilio de los comparecientes"*, agregando que *"En caso de representación se expresará, además, la clase de ésta y los datos de las personas naturales representadas como si comparecieran directamente, o de las personas jurídicas tal como corresponda según la Ley o los estatutos, indicando su domicilio y naturaleza"*; y el 28 reitera que *"En caso de representación, el representante dirá la clase de representación que ejerce y presentará para su protocolización los documentos que la acrediten"*.

En suma, la comparecencia -directa o indirecta- de los otorgantes, deviene en requisito esencial para que la escritura pública surta a plenitud sus efectos, y no penda de nulidad formal.

6. El caso concreto

En el expediente quedó claro que en la escritura pública No. 2255 del 24 de junio de 2002, otorgada en la Notaría Treinta del Círculo de Bogotá, se relacionó, con su respectiva identificaciones y generales, la comparecencia de María Mercedes Álvarez Rengifo como donante, y la de María del Rosario y Norma Constanza Rengifo Álvarez como donatarias, las dos últimas representadas por la abogada María Nelly Santamaría Oviedo, quien aportó los respectivos poderes, debidamente protocolizados, en los cuales, se indicó, en común, que *"el poder es especial, amplio y suficiente"*; para que la mandataria, a nombre de las mandantes *"firme la escritura pública mediante la cual recibiré a título de donación de la nuda propiedad, el cincuenta por ciento del inmueble ubicado en la calle 8ª A No. 3790 (...) de parte de la señora María Mercedes Álvarez de Rengifo"*; destacándose, además, que la profesional *"tiene las facultades de que trata el art. 70 del C. de P. C., en especial las de recibir, decidir, desistir, transigir, conciliar, expresamente la de firmar la escritura a que est(á) haciendo referencia y todas las demás necesarias para el cumplimiento del mandato que le otorg(a)"*.

Todo lo cual significa que, en realidad, en el instrumento se constató la presencia de todas las otorgantes, incluidas las donatarias, quienes acudieron a la notaría por intermedio de apoderada especial, circunstancia que, de entrada, descarta la existencia del vicio formal denunciado en la escritura que formalizó la donación de la nuda propiedad sobre el inmueble mencionado, efectuada por María Mercedes Álvarez de Rengifo a favor de María del Rosario y Norma Constanza Rengifo Álvarez.

Además, no es posible deducir la falta de comparecencia de las donatarias por la falta de una facultad expresa a su abogada para hacer la insinuación de la donación, porque de suyo se entiende que el mandato para suscribir el instrumento público que formaliza la donación, incluyó lo atinente a la insinuación, al destacarse en el poder especial que la abogada, entre sus facultades, tenía ***"todas las demás necesarias para el cumplimiento del mandato"***, y dentro de la categoría de necesario para una donación superior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, claro está, aflora el trámite para la autorización notarial y todo lo que ella apareja, más aún cuando, en virtud de lo previsto en el artículo 4° del Decreto 1712 de 1989, si al tratarse *"de bienes para cuya enajenación según la ley, se requiera escritura pública, el mismo instrumento podrá contener la insinuación y la respectiva donación"*.

Y es más, todavía dejando de lado la facultad a la mandataria para adelantar *"todas las demás (gestiones)*

necesarias para el cumplimiento del mandato", el mandato conferido a la abogada la autorizaba para representar a las donatarias en la insinuación, toda vez que el artículo 2160 del Código Civil, propio de la disciplina del mandato, es indicativo de que *"La recta ejecución del mandato comprende no solo la sustancia del negocio encomendado, sino los medios para los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo"*, y los medios para adquirir un bien por la vía de la donación corresponden, a efectuar la insinuación y llevar a escritura pública la correspondiente autorización notarial y el contrato de donación, todo lo anterior, sin olvidar, la prerrogativa de interpretar con laxitud las facultades concedidas al mandatario, como lo dispone el artículo 2174 *ibídem*.

7. **Conclusión**

Desestimada como quedó la única inconformidad que correspondía analizar, se confirmará la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de segunda instancia al apelante.

Por otro lado, el éxito del recurso extraordinario de casación conlleva a que no haya lugar a costas, como consecuencia de dicho remedio.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia

en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia del 6 de abril de 2015, adicionada el 3 de junio del mismo año, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído y, en sede de segunda instancia,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo que en ese mismo asunto profirió el Juzgado Primero Civil del Circuito de Descongestión de la capital de la República, fechada el 26 de junio de 2014.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de segunda instancia al apelante. En la liquidación del crédito inclúyase como agencias en derecho la suma de tres millones de pesos ($3.000.000).

TERCERO.- Sin costas en casación, por la prosperidad de dicho recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS