

OAJ-1986

Consulta No. 3734 ante la Oficina Asesora Jurídica
Superintendencia de Notariado y Registro

Para: Doctor
EDUARDO VERGARA WIESNER
Notario 53 del Círculo
Carrera 70 B No. 26 – 20 Sur
Ciudad

Asunto: Requisitos escritura pública Sucesión – Falsedad, CN – 05,
radicación ER 047466 de fecha 26 de septiembre de 2014.

Fecha: 09 de octubre de 2014

Doctor Vergara Wiesner:

En el asunto descrito, pone en conocimiento de esta entidad presuntas irregularidades realizadas por el asesor jurídico de la Notaría en el trámite de liquidación de herencia de la señora María Mireya Arias de Gómez, habiendo éste falsificado la firma de la apoderada, los documentos de la DIAN y de la Secretaría de Hacienda.

Por lo anterior, consulta cuál debe ser el proceder de su Despacho, respecto a la escritura pública contentiva de la liquidación de herencia en comento.

Marco Jurídico:

Decreto 960 de 1970

Decreto 2148 de 1983

Consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica:

Sobre el particular, inicialmente es importante precisar, que los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica, se ciñen a los parámetros establecidos por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 -, esto es, no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia, ni son de obligatorio acatamiento o ejecución por los Registradores de Instrumentos Públicos y/o Notarios del país. Aquellos, simplemente reflejan el criterio que sobre una materia en particular pueda tener esta Entidad y se profieren en desarrollo de las funciones asignadas por el decreto 2163 de 2011.

Esta Superintendencia a través de la Oficina Asesora Jurídica, tiene como funciones entre otras, la de emitir conceptos en el campo notarial y registral, y los conceptos

en materia notarial que emita esta entidad, se darán en forma general y no para casos particulares y concretos.

La forma externa que debe revestir todo negocio jurídico formal es la Escritura Pública, y su elaboración requiere de un proceso, que en orden cronológico el primero es el de la ROGACION, o requerimiento que deben hacer las partes al Notario para obtener de éste la prestación de sus servicios. Luego procede el de la RECEPCION, que consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el Notario los interesados; La EXTENSION, que es la versión escrita de lo declarado; el OTORGAMIENTO, entendido como el asentimiento expreso que aquellos prestan al instrumento extendido, y la AUTORIZACION, consistente en la fe que imprime

Ahora bien, en lo que respecta a la redacción de las declaraciones, éstas pueden hacerse por el Notario ó Cónsul o ser presentadas a éste por las partes, redactadas por ellas o sus asesores, (artículos 6°, 15 y 17 del D.L. 960 de 1970); en los dos casos, el Notario ó Cónsul dentro del control de legalidad que ejerce, debe velar porque éstas se acomoden a la finalidad de los comparecientes, a las normas legales, a la clara expresión idiomática, pudiendo sugerir las correcciones que juzgue necesarias.

Tenemos entonces que las escrituras públicas son documentos públicos, de las cuales toda persona tiene derecho a obtener copias auténticas.

Las normas vigentes relacionadas con el otorgamiento de una escritura pública, están consagradas en el Decreto Ley 960 de 1970, su decreto reglamentario 2148 de 1983 y demás disposiciones, como por ejemplo tener en cuenta los Códigos Civil, Comercial, Decretos 902 de 1988, el 999 de 1988, 2668 de 1988, 1712 de 1989 y 1729 de 1989, entre otros.

En el otorgamiento de escrituras públicas, es necesario que el Notario observe lo dispuesto en el Título II, Capítulo I, artículos 12 al 41 del Decreto Ley 960 de 1970.

El artículo 3o. del Decreto 2148 de 1983, expresa: "El Notario no autorizará el instrumento cuando llegue a la conclusión de que el acto que contiene sería nulo por incapacidad absoluta de alguno de los otorgantes o por estar clara y expresamente prohibido en la ley.

De los demás vicios que afecten el acto objeto del contrato advertirá a los comparecientes y si éstos insistieren lo autorizará, dejando constancia de ello en el instrumento. "

A su turno el artículo 2o. Ibidem, señala que el notario ejercerá sus funciones a solicitud de los interesados, quienes tienen el derecho de elegirlo libremente, salvo lo estipulado para el reparto.

De conformidad con las normas transcritas, el Notario presta su servicio a quien lo solicite, salvo que el acto esté expresamente prohibido por la ley o cuando sea de aquellos que degeneren en nulidad absoluta.

De otra parte, el artículo 37 del D.L. 960 de 1970 establece: " Extendida la escritura **será leída en su totalidad por el Notario, o por los otorgantes, o por la persona designada por éstos**, quienes podrán aclarar, modificar o corregir lo que les

pareciere y al estar conformes, expresarán su asentimiento. De lo ocurrido se dejará testimonio escrito en el propio instrumento y la firma de los otorgantes demuestra su aprobación." (subrayo)

Y el artículo 40 Ibidem, señala: "El notario autorizará el instrumento una vez cumplidos todos los requisitos formales del caso, y presentados los comprobantes pertinentes, suscribiéndolo con firma autógrafa en último lugar".

La identificación de los comparecientes, se hará con los documentos legales pertinentes, dejando testimonios de cuáles son estos.

En la escritura se consignarán el nombre, apellidos, estado civil, edad y domicilio de los comparecientes. En caso de representación se expresará, además, la clase de esta y los datos de las personas naturales representadas como si comparecieran directamente, o de las personas jurídicas tal como corresponde según la ley o los estatutos, indicando su domicilio y naturaleza.

La escritura se distinguirá con el número de orden que le corresponda expresado en letras y cifras numerales. Se anotarán el Municipio, Departamento y República, el nombre y apellidos del Notario o de quien haga sus veces y el Círculo que delimita su función.

El artículo 1º de la ley 33 de 1896, modificado por el artículo 26 de la ley 1ª de 1943, determina que los notarios o quienes hagan sus veces, no prestaran su oficio en el otorgamiento de instrumentos públicos por medio de los cuales se grave o cambie la propiedad de bienes raíces, sin que se les presente previamente por los interesados el paz y salvo con el municipio de ubicación de los inmuebles.

Dicho certificado debe estar vigente para la fecha del otorgamiento de la respectiva escritura pública, a fin de cumplir con la finalidad que respecto de dicho comprobante fiscal se persigue, como es el demostrar que para la fecha de otorgamiento del instrumento público el inmueble se encuentra a paz y salvo por todo concepto con el fisco.

El artículo 26 del decreto 2148 de 1983, expresa: *"Todo otorgante debe presentar al notario los comprobantes fiscales. El notario no permitirá la firma por ninguno de los comparecientes mientras el instrumento no esté completo, anexos la totalidad de los certificados y documentos requeridos"*.

De conformidad con las normas transcritas, el Notario debe verificar que todos los comprobantes fiscales estén anexos antes de permitir el otorgamiento de la respectiva escritura pública.

Las declaraciones, sea que lleguen ya redactadas en una minuta, sea que los particulares las hagan en forma oral ante el Notario, están precedidas de la "Comparecencia", esto es, del acto mediante el cual se presentan en persona los otorgantes y se identifican, ante el Notario o Cónsul.

El Notario o Cónsul, podrá identificarlos mediante la exhibición que el usuario haga de la Cédula de Ciudadanía, si es ciudadano colombiano; de la Cédula de

Extranjería, si es extranjero; o con los documentos propios para el efecto, como son pasaporte, visa vigente, etc...

El artículo 24 Ibídem, dispone: *"La identificación de los comparecientes se hará con los documentos legales pertinentes, dejando testimonio de cuáles son éstos. Sin embargo, en caso de urgencia, a falta del documento especial de identificación, podrá el Notario identificarlo con otros documentos auténticos, o mediante la fe de conocimiento por parte suya..."*

Si quien comparece es una persona que representa a alguien, el acto jurídico del apoderamiento tiene que ser demostrado a través de un documento, sea escritura pública o documento privado, reconocido ante juez o notario.

Tenemos entonces que, una vez redactadas las declaraciones que las partes quieren elevar a escritura pública, éstas deben ser leídas íntegramente por los comparecientes mismos o por personas que ellos indiquen o por el propio notario.

Leído el instrumento si están de acuerdo, así se indicará en la escritura y procederán a firmarlo en demostración de su aprobación. Todo esto se hará en el Despacho de la Notaría, salvo que se trate de la situación prevista en el artículo 12 del Decreto 2148 de 1983, o en el domicilio del compareciente o comparecientes cuando el servicio así le fuere requerido.

El Derecho Notarial se encuentra conformado por principios que lo informan, entre los cuales se destaca el de la Inmediación que, al igual que en el Derecho Procesal, se traduce en presencia física, directa e inmediata de las personas y las cosas ante el Notario o Cónsul en procura de comunicación directa y cierta, que es lo que genera la autenticidad.

La diferencia entre ambas ramas del Derecho radica en que en materia procesal la intermediación puede llegar a ser relativamente esporádica, en tanto que en materia notarial, esa intermediación es completa y esencial.

Ahora bien, la manifestación del principio de la intermediación- en relación con las personas- se surte en la comparecencia; esta manifestación obedece al carácter fáctico de la actividad notarial, en que se funda el principio de la autenticidad y de la fe notarial. Y ello es evidente, si se mira la comparecencia desde el simple punto de vista lingüístico, según el cual es acto de comparecer personalmente, por medio de representante o por escrito, ante el juez o superior.

Sin embargo, ante la multiplicidad de las funciones adscritas a la competencia del Notario, y ante el hecho notorio de que en ciertas ciudades- y dado al número crecido de habitantes- en una misma notaría se verifican diversos y numerosos asuntos en forma simultánea, la jurisprudencia ha entendido y aceptado la comparecencia como "Comparecencia Jurídica", lo cual significa que aunque no se cumpla estrictamente el acercamiento entre el declarante y el Notario, es suficiente la certeza que este mismo funcionario otorga acerca de la identidad de los comparecientes u otorgantes y de la fidelidad de las declaraciones respectivas.

Así las cosas, aunque desde el punto estrictamente legal y jurídico en el sistema notarial colombiano no existe la figura de la "Delegación de la Función Notarial",

jurisprudencialmente sí ha sido aceptada, ante la certeza que el mismo funcionario otorga, en el momento de autorizar el instrumento correspondiente, acerca de la identidad de los comparecientes y la fidelidad de sus declaraciones.

El artículo 13 del Decreto Ley 960 de 1970, expresa: "Perfeccionamiento de la escritura pública. La escritura pública es el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidas ante el notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo. El proceso de su perfeccionamiento consta de la recepción, la extensión, el otorgamiento y **la autorización**". (negrilla fuera de texto)

En cuanto a la validez, las escrituras públicas se presumen auténticas, mientras no se disponga lo contrario mediante sentencia judicial en firme por tacha de falsedad, según lo dispuesto por el artículo 252 del C. de P.C. (Art. 244 del Código General del Proceso). Si no existe orden judicial de declaratoria de nulidad de la respectiva escritura pública u orden de no expedición de copias, el Notario debe expedir las copias que le soliciten.

Detectar por parte del Notario la existencia de alguna adulteración tipificada como delito en el código penal, es una tarea que en lo posible se debe efectuar con la misma responsabilidad, que comporta el ejercicio de la función notarial, pero no por ello, se puede generalizar e endilgar en todos los casos negligencia o falta de cuidado en el desempeño de sus funciones, porque se sale de la responsabilidad del Notario, el hecho delictuoso realizado por una tercera persona que es requerida por la justicia, o que utiliza un documento falso, que lo aporta como suyo, que corresponde a su foto y que las características falsificadas y adulteradas no eran fácilmente detectables al momento de llevarse a cabo el negocio.

Entender de otra forma la labor de identificación que cumple el Notario, conduciría a atribuirle a dicho funcionario labores detectivescas, de grafólogo y dactiloscopista, no establecidas en la ley y absolutamente extrañas a las funciones que legalmente le han sido asignadas. (Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 11 de noviembre de 1994.)

De otra parte, no sobra aclarar que el Notario responde por la regularidad formal de los instrumentos que autoriza, pero no de la veracidad de las declaraciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° del D.L. 960 de 1970, que expresa: "RESPONSABILIDAD EN LA FORMA. Los Notarios responden de la regularidad formal de los instrumentos que autorizan, pero no de la veracidad de las declaraciones de los interesados; tampoco responden de la capacidad o aptitud legal de estos para celebrar el acto o contrato respectivo".

El artículo 8° del Estatuto de Notariado, establece "Los notarios son autónomos en el ejercicio de sus funciones y responsables conforme a la ley".

En este sentido el artículo 116 del Decreto 2148 de 1983, dice:

"Artículo 116.—La autonomía del notario en el ejercicio de su función implica que dentro del marco de sus atribuciones interpreta la ley de acuerdo con las reglas establecidas en el Código Civil y no depende de un superior jerárquico que le revise sus actuaciones para reformarlas, confirmarlas o revocarlas, sino que actúa bajo su personal responsabilidad."

Y el artículo 195 del D. 960, expresa: "Los Notarios son responsables civilmente de los daños y perjuicios que causen a los usuarios del servicio por culpa o dolo de la prestación del mismo".

Teniendo en cuenta lo anterior, si luego de autorizada la escritura, o prestado el servicio notarial, algunos de los otorgantes o interesados se sienten lesionados en sus derechos, pueden formular la correspondiente queja ante la Superintendencia Delegada para el Notariado de esta entidad y acudir a través de abogado titulado ante el Juez competente e iniciar la acción que corresponda.

Por último, en relación con el tema de Registro, frente a documentos que supuestamente adolecen de falsedad, el artículo 19 de la Ley 1579 de 2012, por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones, reza:

Artículo 19. Suspensión temporal del trámite de registro. Si en escrito presentado por el titular de un derecho real o por su apoderado se advierte al Registrador sobre la existencia de una posible falsedad de un título o documento que se encuentre en proceso de registro, de tal forma que genera serios motivos de duda sobre su idoneidad, se procederá a suspender el trámite hasta por treinta (30) días y se le informará al interesado sobre la prohibición judicial contemplada en la presente ley. La suspensión se ordenará mediante acto administrativo motivado de cúmplase, contra lo cual no procederá recurso alguno, vencido el término sin que se hubiere radicado la prohibición judicial se reanudará el trámite del registro. Cualquier perjuicio que se causare con esta suspensión, será a cargo de quien la solicitó.

En efecto, la referente norma establece que se procederá a suspender por 30 días a prevención, pero vencido el término sin que el usuario hubiese radicado la correspondiente prohibición judicial de parte del Juez de Control de garantías si fueron hechos acaecidos después de Enero de 2005 (Ley 906 de 2004) o en su defecto del Fiscal si fueron hechos acaecidos antes de Diciembre 2004 (Ley 600 de 2000), el trámite de registro continuará en debida forma como lo estipula la Ley 1579 de 2012.

Este término de 30 días, se da para que el titular solicite al Juez de control de Garantías o el respectivo Fiscal la correspondiente prohibición judicial que podrá bloquear el folio de Matricula, es decir que, sin que se radique dicha prohibición judicial emitida por la autoridad competente, el proceso seguirá igual pasados los 30 días. Lo anterior en razón también a que solamente es la autoridad competente quien podrá afirmar si el documento adolece de dicha falsedad o suplantación y por ello es necesario que se presente al Registrador dicho documento. α

En relación a cuándo se debe solicitar la correspondiente prohibición judicial ante el Juez de control de Garantías o ante el Fiscal de conocimiento, esta Oficina Asesora Jurídica ya se pronunció mediante oficio No.SNR2013EE032332 al tratar el tema de Competencia de los Fiscales frente a las Medidas Cautelares, publicado en nuestra página web www.supernotariado.gov.co bajo la consulta 3219 de 2013.

(...)

Por último, un tema importante en relación con el actuar de la Fiscalía, es que se debe tener en cuenta si la conducta constitutiva de delito fue cometida antes de 31 de Diciembre de 2004 o después del 1 de Enero del 2005, toda vez que la normatividad procesal aplicable es diferente en ambos casos; para los hechos ocurridos antes del 2004 la ley aplicable es la Ley 600 del 2000, la cual esgrimía un procedimiento mixto, es decir inquisitivo - acusatorio en donde la fiscalía investigaba de oficio y se convertía al mismo tiempo en investigador y acusador; para los hechos ocurridos después del 1 de Enero del 2005 la ley aplicable es la Ley 906 de 2004 la cual maneja un sistema acusatorio en donde la oralidad se impone en los estrados y en donde todo actuar del Fiscal se controla antes o después por un Juez de Control de Garantías

Con lo anterior se tiene: si aplicamos la Ley 600 de 2000, el Fiscal de oficio podría solicitar la cualquier medida sin autorización del Juez, mientras que si aplicamos la Ley 906 de 2004, el Fiscal podría solicitar la medida cautelar pero es el Juez quien determinará la viabilidad de dicha diligencia, es decir, es quien decide en últimas si procede o no.

En los anteriores términos doy respuesta a su solicitud de información.

Atentamente,

Marcos Jaher Parra Oviedo
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Gladys E. Vargas B. y
Juan Carlos Torres

α