



LA FUNCION NOTARIAL EN COLOMBIA

JOSE INES CASSERES

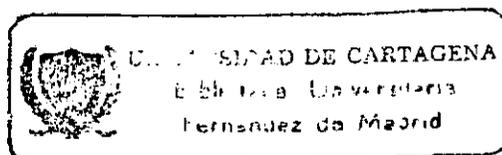
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

CARTAGENA, 1987

LA FUNCION NOTARIAL EN COLOMBIA

JOSE INES CASSERES



Trabajo de Grado presentado como
requisito parcial para optar al
título de ABOGADO.

Asesor: Doctora CARLOTA VERBEL A.

S C I B
00008133

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO
CARTAGENA, 1987

51511

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

- Rector : Doctor LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL
- Secretario General : Doctor MANUEL SIERRA NAVARRO
- Decano : Doctor ALCIDES ANGULO PASSOS
- Secretario Académico : Doctor PEDRO MACIA HERNANDEZ
- Presidente de Tesis : Doctora CARLOTA VERBEL ARIZA
- Presidente Honorario : Doctor FELIPE ESPINOSA E.
- Primer Examinador : Doctora CARLOTA VERBEL ARIZA
- Segundo Examinador : Doctor
- Tercer Examinador : Doctor

./.

Nota de Aceptación

Presidente de Tesis.

Jurado

Jurado.

Cartagena, octubre 30 de 1987

" LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LAS OPINIONES EMITIDAS EN
ESTA TESIS; TALES OPINIONES SE CONSIDERAN PROPIAS DE SU AUTOR".
(Artículo 83 del Reglamento).

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico a MIS PADRES,
JOSE DE LA C. CASSERES ESTRADA, y
VICENTA REYES MIRANDA.

A mi ESPOSA, FLORENTINA CASSIANI,
como muestra de agradecimiento al
apoyo económico y moral que me brindaron;
A mis HIJAS, DEYANIRA y MIRNA como un ejemplo
de superación.

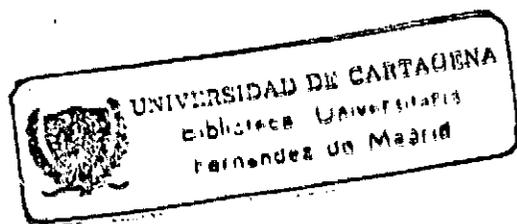


TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	1
1. DE LA FUNCION NOTARIAL	4
1.1 EVOLUCION HISTORICA DE LA FUNCION NOTARIAL	5
1.2 NACIMIENTO DE LA FE NOTARIAL	8
1.3 EL NOTARIADO EN ESPAÑA MEDIEVAL	9
1.4 HISTORIA DE LA FUNCION NOTARIAL EN COLOMBIA	11
1.5 PRINCIPIOS QUE FORMAN EL SISTEMA DEL DERECHO NOTARIAL	15
2. EL NOTARIO	20
2.1 NOMBRAMIENTO DEL NOTARIO	20
2.1.1 Confirmación	23
2.1.2 Posesión	24
2.2 INCOMPATIBILIDAD Y PROHIBICIONES	25
2.3 DEBERES DEL NOTARIO	27
2.4 ATRIBUCIONES DEL NOTARIO	29
2.5 TARIFAS NOTARIALES	30
3. DE LAS ESCRITURAS PUBLICAS	34
3.1 MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DE LA ESCRITURA PUBLICA	35
3.2 REQUISITOS ESENCIALES DE LA ESCRITURA PUBLICA	36
3.3 REQUISITOS FORMALES DE LA ESCRITURA PUBLICA	39
4. TEMAS RELACIONADOS ESTRECHAMENTE CON LA ESCRITURA PUBLICA	43
4.1 CANCELACIONES DE LA ESCRITURA PUBLICA	43
4.1.1 Declaración privada de los interesados	44
4.1.2 Decisión Judicial	44
4.1.3 Cancelación de Hipoteca	44

4.1.4 Cancelación de Hipoteca por los sucesos 45

4.1.5 Nota de cancelación y certificado 47

4.2 DE LAS PROTOCOLIZACIONES 49

4.3 DEL ERROR EN LA ESCRITURA PUBLICA Y DE LA RECONSTRUCCION 52

4.3.1 Momento en que se advierte el error 53

4.3.2 De la clase de error 54

4.4 NULIDAD FORMAL EN LA ESCRITURA PUBLICA 58

4.5 INEXISTENCIA DE LA ESCRITURA PUBLICA 61

5. DE LA GUARDA, APERTURA Y PUBLICACION DEL TESTAMENTO CERRADO 63

5.1 LA GUARDA 63

5.2 APERTURA Y PUBLICACION DEL TESTAMENTO 66

6. DEL RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS PRIVADOS..... 70

6.1 CASOS ESPECIALES DE RECONOCIMIENTO NOTARIAL. 71

6.1.1 Comparecientes que no saben o no pueden firmar 71

6.1.2 Comparecientes ciegos 72

6.1.3 Comparecientes sordos 72

6.1.4 Comparecientes incapaces absolutos 73

7. DE LAS AUTENTICACIONES 74

7.1 FIRMAS REGISTRADAS 74

7.2 FIRMA PUESTA EN PRESENCIA DEL NOTARIO 75

7.3 AUTENTICACION DE COPIAS 75

7.4 AUTENTICACION DE FOTOGRAFIA 76

7.5 DIFERENCIA ENTRE RECONOCIMIENTO Y AUTENTICACION 76

8. DE LA FE DE VIDA 78

9. DE LAS COPIAS 80

10. DE LOS CERTIFICADOS 85

11. DE LAS NOTAS DE REFERENCIA 87

12. DE LOS TESTIMONIOS ESPECIALES 89

13. DE LOS DEPOSITOS NOTARIALES 91

14. DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS 94

10

	pág.
CONCLUSIONES	97
BIBLIOGRAFIA	99

INTRODUCCION

La función notarial es indispensable en la vida jurídica actual, ya que a través de ella se obtiene certeza, seguridad en la celebración de los negocios jurídicos. Es de gran utilidad al conglomerado social. El ejercicio de la función notarial ha variado con el transcurso del tiempo, lo mismo que el nombre del funcionario encargado de su ejercicio ya que este tuvo nombres como "Escribano" y al oficio se la llamó Escribanil, también se les llamó Tabularios, Tabeliones, etc., sin embargo estos funcionarios no gozaban de la autonomía y eficacia que hoy tienen en el campo del Derecho privado los notarios.

En pueblos tan antiguo como los hebreos, los griegos, los egipcios y los romanos existió la función notarial, aunque lógicamente en forma precaria, sin autonomía, muchas veces dependían o se dedicaban únicamente a autenticar los actos del gobernante, como ocurrió con los escribas del Rey (entre los hebreos) cuya función princi

pal era autenticar los actos del Rey. Sin embargo, a pesar de la antigüedad de la función notarial, esta solo pudo alcanzar su pleno desarrollo en la provincia española de Valencia hacia el año de 1280 donde el aspirante al cargo de notario debía llenar una serie de requisitos. A lo que a Colombia se refiere, hay que señalar que la función notarial no tiene historia propia ya que la heredamos de España.

La especial importancia de la función notarial radica en la celebración de los negocios jurídicos, sobre todo cuando el objeto de ellos son bienes inmuebles ya que por disposición de la Ley deben celebrarse por escritura pública y el único funcionario competente en nuestro medio para autorizar las escrituras públicas es el Notario en ejercicio de sus funciones.

Uno de los objetivos perseguidos con la realización de este trabajo es cumplir totalmente con los requisitos exigidos por las normas que regulan lo relativo a la carrera de Abogado. Otro objetivo, no menos importante que el anterior es que el trabajo pueda servir como material de consulta a estudiantes y profesionales.

Como quiera que estamos tratando lo pertinente a la función notarial y esta es ejercida por el Notario, se hace

necesario dar una definición o mejor un concepto de Notario. Notario es la persona a quien el Estado delega poder y además le atribuye la facultad de dar fé de certeza, de conferir autenticidad respaldándose en el propio poder del Estado a los documentos en cuya formación y creación interviene en ejercicio de sus funciones.

La función notarial abarca entre otros los siguientes temas: La escritura pública, sus requisitos formales y esenciales; la cancelación de escritura; la fé de vida, la protocolización, etc.

1. DE LA FUNCION NOTARIAL

En sentido general, función es el conjunto de acciones o actividades adecuadas a la obtención de una determinada finalidad. La práctica consuetudinaria primeramente y, luego las distintas legislaciones en el tiempo y el espacio, han organizado y reglamentado la función notarial para atender con ella el servicio que requiere el conglomerado social para satisfacer la necesidad de alcanzar la seguridad jurídica en sus relaciones particulares mediante una asesoría jurídica, la garantía de su libertad de contratación, la eficacia de su autonomía privada y la producción de instrumentos revestidos de completa credibilidad y perdurabilidad.

Existen varias tendencias que tratan de explicar la índole de la función notarial, entre ellas tenemos: 1) La posición funcionarista que sostiene que el Notario ejerce una función pública emanada del Estado, dentro del orden administrativo, sin pertenecer a la burocracia; 2) Posición profesionalista, sostenida entre otros por Ignacio M. Allende, según ella la función es el ejercicio

de una profesión libre que por su trascendencia social está regulada y protegida por el derecho; 3) Posiciones relacionadas con la jurisdicción, sostiene que el Notario ejerce un cargo público dentro de la administración de Justicia preventiva; que ejerce una función pública vinculada a la Justicia, pero no participa de los caracteres del empleado público, y que la notarial es una función pública de autorizante instrumental, sostienen esta teoría Erwin Saage y Julio Otero entre otros; 4) Otras opiniones le señalan distintas características a la función notarial, tratando algunos de considerarla con un carácter autónomo o propio, separado de los modelos de la jurisdicción y la administración pública o estatal. Otros autores sostienen que es una función pública encomendada a un particular; 5) La teoría de la autenticación que consiste en investir a todos los actos en que intervienen el Notario en ejercicio de sus funciones de una presunción de veracidad, que los hace aptos para imponerse por sí con respaldo en la autoridad del Estado. Con esa intervención del Notario el instrumento hará fé de su existencia y de su contenido. Esta parece ser la posición más ajustada al sistema colombiano.

1.1 EVOLUCION HISTORICA DE LA FUNCION NOTARIAL.

Se han ideado dos tesis tratando de explicar la historia del Notariado desde el punto de vista de su antigüedad: La una sostiene que desde los más remotos tiempos del pasado existió la institución con caracteres rudimentarios pero propios, de manera que su historia comprende todas estas manifestaciones reconocibles en la época moderna. La otra tesis tiene un criterio más científico, y estima que al Notariado solo puede considerársele existente desde que adquirió caracteres que se perfilaron en el bajo Imperio Romano.

Si se considera acertado que los caracteres esenciales del Notariado actual solo emanan del bajo Imperio Romano, no puede despreciarse el acervo que suministran las instituciones egipcias, hebreas, griegas y romanas primitivas. Lo que ocurre es que las labores paranotariales antiguas respondían fundamentalmente al arte de la escritura que operaba indistintamente tanto en el campo público como en el privado, tanto en materias de interés social como en las de interés exclusivamente particular.

En las épocas anteriores al bajo Imperio Romano el oficio escribanil existía contemplado en los ordenamientos, pero no se había creado el funcionario que la ejerciera

con autonomía y eficacia en el campo del derecho privado que hoy corresponde a la función notarial. Entre los Egipcios existió el escriba que ejerció las funciones u oficios que pueden considerárseles antecedentes notariales.

Los Hebreos institucionalizaron los escribas y tenían varias clases de ellos, a saber: 1) Escriba del Rey, cuya función principal era extender y autenticar los actos del Rey; 2) Escriba de la Ley, eran verdaderos juriconsultos que interpretaban ante el pueblo los textos legales y los aplicaban a casos prácticos, asesorando a los jueces laicos; 3) Los escribas del Estado, ejercían funciones administrativas como secretarías del consejo, etc.; 4) Escribas del pueblo, asesoraban a los particulares para la aplicación de la ley como expertos en su conocimiento y en el de las costumbres inveteradas, en los contratos que requerían especiales solemnidades o requisitos como el matrimonio, las ventas, etc.

En Roma los practicantes de la escritura recibieron infinidad de nombres, entre los más importantes tenemos: 1) Los Tabularios, que eran empleados oficiales destinados al censo. Además, estuvieron encargados del registro civil de las personas, de la contaduría de adminis

tración de provincias y guardadores de archivos públicos. Posteriormente fueron depositarios de testamentos y otros documentos privados; 2) Los Tabeliones, tienen origen privado y por ello se consideran como los verdaderos precursores del notario actual tanto por tratarse de un profesional privado con facultades que no emanaban del derecho público sino de formación costumbrista, como por su intervención en la contratación privada, por su actuación ante el público y por el valor probatorio que ella tenía con fundamento en la confianza pública y en las condiciones especiales de su persona y de su actuación. Carecía de la función de asesoramiento jurídico en la forma que hoy compete al notario de tipo latino y de la fé notarial.

1.2 NACIMIENTO DE LA FE NOTARIAL.

En la región septentrional de Italia, no obstante el fuerte influjo del derecho germánico, seguían teniendo vigencia ciertas costumbres y hábitos provenientes de la praxis romana. En esta época medieval continuaba utilizándose el sistema de los juicios fingidos, en los cuales el comprador, en el caso de la venta por ejemplo, promovía una demanda a la que se allanaba el vendedor y luego venía la sentencia proferida en favor del demandante.

Los procedimientos sufrieron una simplificación y el juez reemplazó la sentencia por una resolución conocida con el nombre de Praeceptum de Solvendo, que tenía igual fuerza que la sentencia.

El denominado Praeceptum de Solvendo, cuando era dictado por el juez, recibía el nombre de Instrumenta Confessionata, mientras que cuando esa misma providencia procedía del colaborador del juez, que mas tarde llegaría a ser el notario, fué llamada Istrumenta Guarentigia. El adjetivo Guarentigia es palabra tomada de una cláusula que se acostumbraba introducir en el documento, y proviene del término toscano guarentare, que es equivalente a "cosa firme" y asimilada a sentencia firme. En el documento elaborado ya por ese funcionario separado del juez (el Notario), se consagraba que quien contraía la obligación podía ser ejecutado como si previamente se hubiera dictado una sentencia definitiva basada en autoridad de cosa juzgada. De esta manera los documentos notariales adquirieron la calidad de instrumentos públicos, porque se reputaban auténticos perse y, además, por que poseían valor y fuerza de cosa juzgada.

1.3 EL NOTARIO EN ESPAÑA MEDIEVAL.

Como quiera que heredamos muchas cosas de España, entre ellas el notariado, veamos ahora cual fué el grado de desarrollo que alcanzó el notariado durante el medievo en la madre patria. En el año de 1280 se consagró la designación del Notario por jurados de la Universidad de Zaragoza, el aspirante a Notario debía tener no solamente un buen nombre sino también "limpieza de sangre" y debía absolver un examen de competencia.

Fué en la provincia de Valencia donde el notariado adquirió su mayor desarrollo y calidad, ya que además de las condiciones personales excelsas, el aspirante debía poseer una práctica o enseñanza directa por parte de un Notario en ejercicio. Luego de tan importante experiencia el aspirante debía rendir un examen público ante un Tribunal de la propia ciudad de Valencia, constituido por el justicia civil, dos jurados, el asesor del gobernador, el fiscal y dos notarios.

El regente español Fernando III el Santo dió varios aportes al derecho, en general, y al notariado en especial, ya que tradujo el fuero juzgo, que contiene varios apartes y capítulos dedicados a los escribanos. Otros estatutos importantes en España de la época fueron el Fuero Real y las siete partidas, esta última señala dos tipos

de escribanos los cuales son: a) Los que escriben los privilegios, cartas y demás actos de la casa Real; b) Los llamados escribanos públicos, que son quienes redactan las ventas, compras, y atienden pleitos y posturas de los hombres entre si, en las ciudades y en las villas. Se proclamó también que los escribanos deben ser "sabedores de escribir y entendidos en el arte de la notaría" y deben estar vecindados en los lugares donde fueren escribanos para que conozcan mejor a los hombres con relación a los cuales deban hacer las cartas. Se enuncia así el principio de la residencia y se hace un bosquejo de la fé del conocimiento.

1.4 HISTORIA DE LA FUNCION NOTARIAL EN COLOMBIA.

En Colombia carecemos de antecedentes autónomos de las instituciones notariales, de manera que la investigación histórica limitada a nuestro país no tiene originalidad ni interés para la formación del criterio histórico. Si hemos heredado nuestro notariado, también debemos haber heredado su historia. Sin embargo examinaremos lo que ha sido la función notarial en nuestro territorio desde el descubrimiento de América hasta nuestros días, este análisis lo haremos muy someramente por diversas razones, entre ellas, la extensión del presente trabajo.

Al realizarse los descubrimientos sucesivos de América y la subsiguiente conquista de la misma por España, el panorama notarial lo constituían las leyes de la partida y la nueva y novísima recopilaciones y también lo integraban las normas y prácticas sobre la enajenación de oficios que en América se hizo más crítica al amparo de las difíciles comunicaciones con la metrópoli y de las mismas condiciones de los territorios conquistados y de los propios pobladores y conquistadores.

Existían escribanos radicados en la metrópoli con funciones en ella y con funciones en las Indias. Todos ellos desempeñaban cargos de índole administrativo al servicio del Rey o de las funciones públicas. Existían otros radicados en las Indias con funciones gubernativas, de justicia, de hacienda pública, eclesiásticas y de régimen municipal. También existieron las escribanías públicas o del número de la ciudad, entre ellas se encontraba el verdadero notario que era el escribano público o numerario que tenía a su cargo una escribanía de número con facultad de actuar mediante requerimiento de los interesados; en la autorización y otorgamiento de actos y contratos privados con asiento en su registro o protocolo.

Para ser nombrado notario se requería ser español u ori

undo del lugar en que debía actuar; no podía ser mestizo o mulato y el cargo de notario era incompatible con el de encomendero.

Bajo el régimen español e indiano se desempeñó el notariado en la Gran Colombia y después en la Nueva Granada durante la época de la colonia y aún después de su independencia definitiva en 1819, siendo los guardadores de la fé pública, escribanos judiciales y extrajudiciales según la confusión de estas dos clases o especies de escribanías que subsistió a pesar de que los ordenamientos trataron de diferenciarlas lo mas claramente posible.

Antes de que la Gran Colombia (1819-1830) y luego la Nueva Granada (1831-1858) legislaran soberanamente sobre el régimen notarial, algunas leyes se refirieron someramente al tema para tocar algunos puntos específicos, generalmente con ocasión de la regulación de aspectos judiciales, tenemos por ejemplo la Ley 28 de 1824 que, con ocasión de regular el arancel de los derechos judiciales, establece la de los escribanos, notarios y registradores.

Solo hasta el 3 de junio de 1852 el Congreso de República de la Nueva Granada expidió la Ley 2159 que regula todo lo relacionado al notario, creando los "Notarios Pú

blicos", en sustitución de los escribanos españoles, esta Ley tuvo vigencia prácticamente hasta 1887 cuando se adoptó el Código Civil de 1873 cuyo título 42, Libro 4o. estableció las normas jurídicas relativas a la función notarial y que rigieron hasta el año de 1970 cuando se expidió por el gobierno nacional, en uso de facultades extraordinarias que le confirió el Congreso en la Ley 8o. de 1968, el Decreto 960/70 que es el actual Estatuto del Notario. En uso de las facultades conferidas en la citada Ley, se expidió el Decreto-Ley 2163/70 "por el cual se oficializa el servicio de notariado, y se modifica el Decreto 960/70". Debido al inconveniente de la oficialización, se expidió la Ley 29/73 que derogó los arts pertinentes en el Decreto 2163/70 y creó el Fondo Nacional del Notariado cuyo objetivo era propender por el mejoramiento económico de los Notarios de bajos ingresos.

El Decreto 717/74 reglamentario del 960/70 organiza la carrera Notarial, este Decreto a su vez fué reemplazado por el 2148/83 mediante el cual se reglamenta el 960 y sus normas complementarias.

Esta es a groso modo la historia del Notariado en lo que a Colombia respecta.

1.5 PRINCIPIOS QUE FORMAN EL SISTEMA DEL DERECHO NOTARIAL.

Los principios fundamentales que rigen el Derecho Notarial son:

- a. Principio de la Forma. En el Derecho Notarial se regulan las formas propias de la función y por ello se le incorpora en el sector de Derecho Público Adjetivo, o sea, como un Derecho Procesal, ya que regula las formas propias de la función, lo mismo que las ritualidades para producir el instrumento; pero al mismo tiempo, existe una manifestación formal constitutiva, que es distinta a la forma procesal, que genera la existencia válida y eficaz de la relación sustancial consignada en el instrumento notarial, o sea la formalidad o solemnidad ad substantiam actus.
- b. Principio de la Inmediación. Significa la presencia física, directa e inmediata de las personas y las cosas ante el funcionario para procurar la comunicación directa y cierta que genera la autenticidad. La inmediación es completa y esencial en el Derecho Notarial y se manifiesta respecto de las personas en la comparecencia y de las cosas en la exhibición. Este principio se sintetiza y manifiesta en la fórmula

- la "ante mí", que comprende la comparecencia y la percepción y recepción del notario.
- c. Principio de la Notoriedad. Consiste en incorporar en el instrumento hechos no establecidos por la percepción del notario sino conocidos por él o establecidos documentalmente, que no implican lo esencial de la declaración o el comportamiento pero que vinculan con requisitos de legitimación o representación, etc. Tal ocurre con la fé de individualización establecida mediante el examen de los documentos oficiales de identificación, o por medio de la fé de conocimiento propiamente dicha y declarada por el notario, etc.
- d. Principio de la Unidad del Acto Formal. Se refiere a que la fase fundamental de la constitución del instrumento consistente en la ratificación del consentimiento ocurrida en el llamado otorgamiento, se cumpla dentro de un acto unitario y concentrado que puede revestir distinta trascendencia para la validez del documento y el negocio mismo, según el trato que le da el legislador ya como elemento esencial, natural o accidental.

Es un elemento esencial cuando todo el proceso de formación del acto notarial ha de cumplirse ininterrumpidamente y en presencia de todos los intervinientes requeridos. Un ejemplo típico en que resulta esencial

la concentración es el que trae el C.C. en sus Arts. 1.072 y 1.074, o sea lo referente al testamento público.

La unidad es un elemento natural del negocio cuando la presencia de las partes y su actuación ante el notario puede hacerse en momentos diferentes, siempre que exista unidad del notario y consentimiento expreso y coincidente sobre un texto único y suficientemente conocido por los contratantes.

Y se trata de un elemento accidental cuando se pacta la falta de unidad formal del acto según el tipo de contrato, como ocurre con los reglamentos de la propiedad horizontal, y en general en todos los casos de adhesión en que la voluntad y las formas están previstas para que sean aceptadas por el adherente posteriormente a la emisión y, por ende no habrá unidad en la formación y otorgamiento, aunque se mantiene la confluencia de las voluntades sobre un mismo contenido y una misma forma.

La excepción al principio que estamos estudiando son las contraescrituras privadas o públicas en que se modifique o altere el contenido de una escritura anterior.

- e. Principio de la "Matricidad" o Protocolo. Consiste en la necesidad de conservar y archivar los documentos notariales para futura memoria y para fiel de com

paración. Implica igualmente todo lo relacionado con los requisitos formales. Este principio rige fundamentalmente con las escrituras públicas y no con algunas otras intervenciones notariales de las cuales no conserva en el archivo el fruto de su actuación, sino que suele devolverse a los interesados intervenido por el notario con fines de autenticidad mas no con el de constituir negocios sustanciales.

f. Principio de la Legalidad. Quiere decir este principio que todas las actuaciones del notario se halla reguladas por el derecho y deben acomodarse a sus preceptos o sea que el notario debe cumplir rigurosamente las normas que regulan la forma de los instrumentos y la forma propia de los negocios que ellos recogen.

g. Principio de Consentimiento. La función notarial responde los dictados del ordenamiento cuando en éste se exige la forma solemne, o cuando a ella acuden espontaneamente los interesados, con el propósito de dar nacimiento a las relaciones que emanan de la autonomía limitada legalmente.

La función notarial carece de todo sentido decisorio e impositivo respecto de la formación y decisión de voluntad.

h. Principio de Iteralidad, Fé pública o Autenticidad.

La actividad notarial es esencialmente escrita y la fé pública o notarial contribuye a la constitución del negocio formal y le atribuye autenticidad. El documento público posee una eficacia incomparablemente mayor que el privado, por el hecho de provenir de un documentador público y mediante el cumplimiento de dos fundamentales requisitos: 1) que el autor del documento esté legitimado para ello, por tratarse de un funcionario autorizado para el caso y que tenga la investidura legal para dar fé (el notario tiene esa investidura), y 2) que la forma del documento contemple todos los requisitos que el ordenamiento señala para el tipo de negocio que recoge el documento.

i. Principio de la Comunicación del Instrumento Público.

Esta es una importante manifestación de la fé notarial ya que ampara la copia o traslado, o la certificación, o la nota, con la investidura de la credibilidad, que en este caso se funda en la potestad que reposa en el notario y en la coincidencia con el original archivado en el protocolo.

La excepción a este principio de comunicación la constituyen los instrumentos que recogen declaraciones de voluntad encaminadas a regular relaciones de intereses exclusivamente privados.

2. EL NOTARIO

Es importante para una mejor comprensión del tema objeto de este trabajo, entrar a estudiar, aunque sea de una manera muy general, quien ejerce la función notarial, como se produce el nombramiento de quien la ejerce, sus incompatibilidades, prohibiciones, deberes, atribuciones y las tarifas notariales.

2.1 NOMBRAMIENTO DEL NOTARIO.

Para asumir el cargo de notario, que es quien ejerce la función notarial, se requiere la designación, la confirmación si fuere el caso, y la posesión (Dto.2148 de 1983, Arts. 58 y 142).

La designación para los notarios de círculos de primera categoría se produce por acto administrativo del Gobierno Nacional; mientras que para los de segunda y tercera, dicho acto lo dicta el Gobernador, Intendente o Comisario respectivo (Dto. 2163/70, Art.5, Dto.2148/83,Art.63).

Las designaciones que acabamos de mencionar son las que podemos llamar normales u ordinarias, ya que existen otras designaciones en las cuales no intervienen ninguno de los funcionarios que hemos mencionado arriba, y tales designaciones podemos tildarlas de especiales, ellas son:

1. "Cuando el notario falte, la primera autoridad política del lugar podrá designar un encargado de las funciones, mientras se provee el cargo en interinidad o en propiedad, según el caso "(Estatuto, Art. 150; Dto. 2148/83, Art. 78). Algunas de las causales que determinan la falta del notario son, por ejemplo: la muerte, la renuncia aceptada, la destitución del cargo, etc.
2. El Artículo 156 del Estatuto dice: "Los notarios no podrán autorizar sus propios actos o contratos ni aquellos en que tengan interés directo o en que figuren como otorgantes su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil". En este caso que se plantea, si se trata de notario único de círculos de la primera categoría, la Superintendencia de Notariado y Registro designará un notario ad hoc.
3. "Cuando el notario pida permiso o licencia puede designar la persona que lo reemplace, bajo su responsa

bilidad, lo mismo en el caso de solicitar su relevo (Dto.2163/83, Art.14)".¹

El cargo de notario no es de aceptación forzosa, por lo tanto puede aceptarse o rehusarse libremente. Sin embargo, queda insubsistente por:

- a. No aceptación
- b. Falta de confirmación de nombramiento, cuando ella fuere necesaria
- c. Demora de diez (10) días en tomar posesión del cargo, contados desde la fecha en que se reciba el nombramiento, salvo caso fortuito debidamente comprobado o prorroga de 30 días concedida por quien hizo la designación.

En el transcurso de los cinco (5) días siguientes a la designación de un notario, el funcionario que hizo la designación la comunicará al Consejo Superior de la Administración de Justicia, por intermedio de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Por último hay que señalar que los notarios son nombrados para un período de cinco (5) años.

(1) ORTIZ RIVAS, Hernán. Comentarios Al Estatuto del Notariado Colombiano. Pág.157.

2.1.1 Confirmación.

La confirmación se requiere cuando el nombramiento haya sido en propiedad. La finalidad de la confirmación es comprobar que el designado reúne los requisitos legales para desempeñar el cargo. Sin confirmación no puede el designado tomar posesión.

La confirmación de los nombramientos de los notarios de círculos de primera categoría corresponde al Superintendente de Notariado y Registro. Mientras que a los notarios de círculos de segunda y tercera, la confirmación la hacen los Gobernadores, Intendentes o Comisarios respectivos.

El designado deberá comprobar ante el funcionario correspondiente que reúne los requisitos exigidos para ocupar el cargo, y de esa manera obtendrá la confirmación.

El notario de carrera que al vencimiento del período no se encuentre en situación de retiro forzoso, será confirmado en el cargo sin necesidad de nuevo nombramiento ni posesión. Si se trata de notario de servicio que ejerza el cargo en propiedad y sea reelegido en la misma notaría, si esta conserva su categoría, no requiere confirmación.

2.1.2 Posesión.

El Decreto 2148 del 83 en su Artículo 60 determina los requisitos específicos para tomar posesión, según el caso, éstos son:

1. Cuando se trate de desempeñar el cargo en propiedad, se exige la confirmación en la forma que acabamos de ver.
2. Si el cargo se asume en interinidad, las exigencias son las siguientes:
 - a. Ser nacional colombiano
 - b. Ciudadano en ejercicio
 - c. Persona de excelente reputación
 - d. Certificación sobre conducta y antecedentes penales.
 - e. Declaración juramentada de ausencia de todo impedimento.
3. Si se trata de ejercer las funciones por encargo, las condiciones son las señaladas en los a,b,c,d, del punto anterior.

El designado tomará posesión del cargo dentro de los diez (10) días siguientes a aquel en que reciba la confirmación del nombramiento, si ya se inició el período legal, salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobado o prórroga hasta de treinta (30) días concedida

por quien hizo la designación.

Copia de las providencias de nombramiento, confirmación y del acta de posesión serán enviadas inmediatamente al Consejo Superior de la Administración de Justicia (Art. 141 del Estatuto; Art. 61 del Dto. 2148/83).

2.2 INCOMPATIBILIDAD Y PROHIBICIONES.

El Legislador ha establecido una serie de incompatibilidades referentes al ejercicio de la función notarial, estas incompatibilidades persiguen la probidad e imparcialidad del notario en el desempeño de sus funciones, lo mismo que su dedicación exclusiva en el cargo.

Se presentan dos tipos de incompatibilidades: las generales y las especiales o prohibiciones, las primeras están señaladas por los Artículos 2 y 10 del Estatuto (sustituido este último por el Art.21 de la Ley 29 de 1973; las prohibiciones o incompatibilidades específicas están dadas en el Art.156 del Estatuto.

El Artículo 2 dice "La función notarial es incompatible con el ejercicio de autoridad o jurisdicción.....".

"El ejercicio de la función notarial es incompatible con el de todo empleo o cargo público; con la gestión particular u oficial de negocios ajenos; con el ejercicio de la profesión de abogado; con el de los cargos de representación política; con la condición de ministro de cualquier culto; con el de los cargos de albacea, curador dativo, auxiliar de la justicia; con toda intervención en política, distinta del ejercicio del sufragio, y en general, con toda actividad que perjudique el ejercicio de su cargo" (Art.21 de la Ley 29 de 1973).

El tenor de las normas transcritas es claro por lo tanto no ameritan ningún comentario en especial.

Vistas las incompatibilidades generales dediquemonos a analizar ahora las prohibiciones. El Artículo 156 del Dto. 960 de 1970 dice: "Los notarios no podrán autorizar sus propios actos o contratos ni aquellos en que tengan interés directo o figuren como otorgantes su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad, segundo de afinidad o primero civil". Como se puede apreciar en la norma que acabamos de transcribir, las prohibiciones se refieren básicamente a tres aspectos, éstos son:

1. Cuando el notario tenga interés directo en el acto o contrato, ya porque sea parte, ya porque se beneficie de algún modo aunque no sea parte.
2. Cuando en el acto o documento a autorizar sea otorgante el cónyuge del notario.
3. Por razones del parentesco, o sea, cuando alguna de las partes sea pariente del notario, ya se trate de pariente consanguíneo, afin o civil siempre que se encuentre dentro de los grados que señala el Artículo en comento.

2.3 DEBERES DEL NOTARIO.

El notario tiene una serie de deberes los cuales se encuentran dispersos en el Estatuto y en el Decreto 2148 de 1983. Como quiera que el tema principal de este trabajo es la función notarial y para no perder de vista dicho tema, veremos muy brevemente algunos de los deberes del notario en ejercicio de su cargo.

1. El notario debe examinar los requisitos legales del negocio jurídico que se celebra como también los constitucionales del instrumento señalados en el Estatuto.
2. El notario tiene el deber de incorporar al protocolo el instrumento si transcurrido dos meses desde la fecha de la firma del primer otorgante no se han presen-

- tado alguno o algunos de los demás declarantes, el notario anotará en el instrumento lo ocurrido dejando constancia que por eso no lo autoriza (Dto. 2148/83, Art.10).
3. El notario debe abstenerse de autorizar el instrumento que implique nulidad absoluta (Arts.6 y 35 del Dto. 2163/70).
 4. El Artículo 18 del Reglamento ordena al notario que cuando en una escritura se segreguen una o más porciones de un inmueble, deben identificarse y alinderarse los predios segregados y el restante.
 5. El mismo Reglamento en su Art.19 establece para el caso de englobe de dos o más predios, la individualización y alínderación de cada uno de ellos, citando los títulos de adquisición, los datos de registro y las celulas catastrales. El terreno así formado debe quedar claramente individualizado y alínderado.
 6. Cuando el compareciente fuere ciego o mudo que no pueda darse a entender por escrito el notario deberá leer en voz alta el instrumento. (art.1.074 del C.C).
 7. Los notarios deben relacionar diariamente los depósitos de dinero, títulos de crédito, valores o documentos que reciba para su custodia (Ver capítulo de Depósitos).

2.4 ATRIBUCIONES DEL NOTARIO.

La esencia de la función notarial es la facultad que tiene el Notario de dar fé de autenticidad de los actos jurídicos que pasan ante él en ejercicio de sus funciones. Esta facultad genérica se desarrolla y especifica mediante normas legales y positivas. Al tenor de lo que señala el Artículo 3o. del D.L. 960/70, en Colombia, las atribuciones fundamentales del Notario son entre otras las siguientes:

1. Autorizar el otorgamiento de escrituras públicas, formar con ellas el protocolo, custodiarlo y mantenerlo.
2. Autorizar el reconocimiento voluntario de las firmas y de los documentos en que ellas aparezcan.
3. Dar fé de la autenticidad de las firmas que hubieren sido registradas previamente en la Notaría, lo que hará mediante confrontación de las que se le presenten con las que estuvieren registradas y dar fé de que las firmas de un documento fueron puestas en su presencia.
4. Dar fé de que una o varias copias mecánicas o literales corresponden al original de que han sido tomadas o del que son reproducción expresando que ha tenido a la vista el original.

5. Dar fé de vida que significa dar fé de la existencia actual de una persona natural que se presenta e identifica ante él para ese fin, mediante certificado.
6. Expedir copias auténticas y en papel competente de los documentos que reposan en el archivo de la Notaría y expedir certificados auténticos referente a ellos.
7. Dar testimonio escrito, con fines jurídicos probatorios, de hechos percibidos por él, en ejercicio de sus funciones y de que no haya quedado dato formal en el archivo de la Notaría.
8. Intervenir en el otorgamiento de testamentos y guardar, abrir y publicar los testamentos cerrados.
9. Llevar el registro civil de las personas.

Las anteriores son las que pudieran llamarse atribuciones típicamente notariales en la Ley Colombiana.

2.5 TARIFAS NOTARIALES.

El servicio notarial se retribuye directamente por los interesados según la tarifa señalada por el Gobierno Nacional y por los subsidios que fija el Fondo Nacional del Notariado para los funcionarios de insuficientes ingresos.

El Artículo 218 del Estatuto autoriza al Gobierno Nacional revisar periódicamente las tarifas que señalan los derechos notariales, para hacer tal revisión el Gobierno no debe tener en cuenta los costos del servicio y la conveniencia pública.

Así mismo el Dto. Ley 1659/78 en su Artículo 4o. literal m., faculta a la Superintendencia de Notariado y Registro "proponer al Gobierno la fijación de tarifas para el cobro de derechos por prestación de los servicios de notariado y registro". Como puede apreciarse los notarios no pueden cobrar sus derechos notariales a su arbitrio sino que es el Gobierno Nacional el encargado de fijarle la remuneración por sus servicios, en cumplimiento de ese deber legal el Gobierno ha expedido los siguientes decretos 1772/79, 1790/80, 1718/81, 1113 y 2227 ambos de 1982. El Decreto 1134/86 el cual fué recientemente derogado por el Decreto 2479 del 29 diciembre de 1987.

Según este último Decreto, el notario debe cobrar, a las partes que intervienen en la celebración del negocio jurídico, por concepto de autorización de la escritura pública la suma de ochocientos pesos m/cte (\$800.00) en aquellos actos que no sea posible expresar la cuantía en el documento objeto de la autorización, igual suma deberá co

brar cuando la cuantía del acto fuere igual o inferior a cincuenta mil pesos m/cte (\$50.000.00), si la cuantía fuere mayor deberá cobrar el uno punto cinco por mil adicional. Por cada hoja del instrumento el notario cobrará la suma adicional de noventa pesos m/cte (\$90.00).

Por la protocolización el notario tiene derecho a los mismos emolumentos indicados arriba, excepto la suma adicional de noventa pesos m/cte (\$90.00).

Existen algunos actos notariales en los cuales la Ley le prohíbe el cobro de honorarios, o sea que existen actos exentos de derechos notariales, el Artículo 10 del Decreto 2479/87 los señala (a los actos), los cuales en su mayoría tienen que ver o están relacionados con el Estado civil de las personas tales como: el testimonio de supervivencia, las escrituras de reconocimiento de hijos extramatrimoniales y las de legitimación, la protocolización del acta de matrimonio civil, etc.

Existen otros actos que están exentos del cobro de emolumentos estos son: los actos en que intervienen exclusivamente la nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos del orden nacional. También forman parte de la lista de excepciones "las simples anotaciones sobre expedición de copias u otras constancias si

milares" y, las "notas y el certificado de cancelación de que tratan los Arts. 52 a 54 del Dto. 960/70".

Al comenzar el tema de las tarifas notariales dijimos que el servicio notarial se retribuye por los intereses y además por los subsidios que fija el Fondo Nacional del Notariado para los funcionarios de insuficientes ingresos, tratemos aquí, muy brevemente, como se constituye ese subsidio. Pues bien, por mandato del Art. 17 del Dto. 2479/87 el notario debe enviar con destino al Fondo Nacional de Notariado una proporción determinada por cada escritura que cause derechos. Veamos algunos ejemplos de la proporción en que el notario debe hacer sus aportes: de 1 a 500 escrituras anuales el notario debe hacer un aporte de \$30.00 por cada escritura; Si autoriza en un año 501 a 700 escrituras el aporte será de \$50.00 por cada una; el máximo aporte que debe hacer el notario por este concepto es de \$760.00 por cada escritura cuando en el transcurso del año hubiere autorizado más de 10.000.

3. DE LAS ESCRITURAS PUBLICAS

Se puede describir la escritura pública como el documento autorizado con las solemnidades legales por el Notario competente, cuando ha sido requerido para ello, destinado a ser incorporado en el protocolo, para su guarda y custodia, documento que contiene o exterioriza un hecho, un acto o un negocio jurídico y que está destinado para su prueba, su eficacia o su constitución.

El Artículo 12 del estatuto notarial colombiano señala de manera imperativa qué actos jurídicos se deben celebrar por escritura pública, dice así el mencionado Artículo; "Deben celebrarse por escritura pública todos los actos y contratos de disposición o gravamen de bienes inmuebles". "Igualmente aquellos para los cuales la Ley exija esta solemnidad".

Vale la pena acotar, que existen negocios jurídicos para los cuales la Ley no exige la escritura pública, pero los interesados si lo desean pueden celebrarlo por este medio, como un contrato de arrendamiento, comodato, etc.

Veamos algunos casos en que la Ley exige que el respectivo acto o contrato se celebre por escritura pública.

1. El contrato de compraventa de bienes inmuebles (c.c. Art. 1857).
2. El Contrato de hipoteca y su cancelación (Arts. 2434 y 2457 c.c.).
3. El contrato de compraventa de naves mayores y aeronaves (C.Co. Art. 1427).
4. El contrato de renta vitalicia (Art. 2292 c.c.).

3.1 MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DE LA ESCRITURA PUBLICA.

51511

Según la parte final del Artículo 13 del Estatuto Notarial los momentos necesarios para lograr el perfeccionamiento de la escritura pública son:

1. La recepción, que "consiste en percibir las declaraciones que hacen los interesados". Aquí comienza a entrar en juego el principio de inmediación de la función notarial, el control de la legalidad, la asesoría y autoría del documento.
2. La extensión es la "versión escrita de lo declarado", en otras palabras, llevar al papel el negocio jurídico requerido.
3. El otorgamiento, que es el tercer paso en orden cro

nológico consiste "en el asentimiento expreso que aquellos (los interesados) prestan al instrumento extendido".

4. La autorización, es la "fé que imprime el notario al instrumento en vista de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados".

3.2 REQUISITOS ESENCIALES DE LA ESCRITURA PUBLICA.

En la escritura pública se pueden diferenciar claramente dos clases de requisitos que sin embargo forman una unidad: Los del negocio jurídico que se celebra y los del instrumento, cuya legalidad debe controlar el notario. Los requisitos esenciales del negocio jurídico no los analizaré por no ser tema de este trabajo y por lo limitado o específico del mismo.

Los requisitos del instrumento a su vez presentan dos calidades: Los esenciales y los formales, estos últimos son la condición interna, la sustancia del instrumento; sin ellos puede sobrevenir la nulidad, "desde el punto de vista formal" Artículo 99 del Estatuto.

Cuando se omiten los requisitos esenciales el acto notarial es inválido. Los requisitos esenciales son:

1. Identificación del otorgante-compareciente, la determinación del sujeto del negocio jurídico emitido ante notario es sustancial. La doctrina denomina este requisito con el nombre de "fé de conocimiento" o "fé de identificación". La fé de identificación registra la presencia física del interesado en el servicio, la realidad de sus declaraciones y la legalidad de esta. La identificación es un acto que dá autenticidad a las declaraciones de los comparecientes.

El Artículo 14 del Estatuto del Notario dice que la autorización procede cuando "las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados" y el ya citado Artículo 99 en su numeral 5 considera nulas las escrituras en que no aparezca debidamente establecida la identificación de los otorgantes o de sus representantes.

2. Identificación del objeto, todo negocio jurídico tiene un objeto sobre el cual recae y el mismo (el objeto) debe ser identificado. El objeto depende del acto o contrato que se solemnise por escritura pública, la omisión de este requisito produce la nulidad formal de la escritura como lo dispone el Ord. 6 del Artículo 99.
3. Identificación de la escritura, la escritura públi

ca al igual que el sujeto y el objeto del negocio jurídico deben identificarse plenamente. La escritura pública para cumplir cabalmente este requisito debe contener lo siguiente:

Fecha, debe señalarse con certeza el día que se celebra el negocio jurídico, es decir, a partir de cuando las declaraciones producen sus efectos de derecho.

Lugar, o sea el municipio, departamento, república, donde se celebra el negocio jurídico.

Notario, la denominación legal del Notario se refiere al círculo de notaría, más el "nombre y apellido del notario o de quien haga sus veces" (Artículo 23).

Los dos últimos requisitos se relacionan con la competencia del notario fijando el territorio en el cual él debe ejercer su función de notario.

Los comprobantes de representación o los necesarios para hacer la cancelación. Si el sujeto del negocio jurídico ha dado poder es indispensable acreditarlo, mediante la protocolización del respectivo documento; lo mismo se actúa en representación de una persona jurídica (Dec. 2163/70, Art. 36).

Otorgamiento, es otro requisito esencial de la escritura pública, es la aquiescencia expresa de los interesados al instrumento, contentivo del negocio jurídico. Sin otorgamiento no puede haber escritura pública.

blica ni negocio jurídico. La firma de los otorgantes, demuestra la aprobación al texto total del instrumento y del negocio jurídico que lo contiene, previa lectura de éste hecha por ellos, la persona que designen o el notario. Lectura y firma son requisitos esenciales.

Autorización, es éste el último requisito esencial en la identificación de la escritura pública. Consiste en un acto unilateral del Notario, mediante el cual el instrumento deviene en escritura pública cuando éste funcionario estampa su firma en la parte final del documento, como prueba de la legalidad del negocio jurídico y del instrumento que lo contiene. La falta de este requisito produce la inexistencia del instrumento.

3.3 REQUISITOS FORMALES DE LA ESCRITURA PUBLICA.

(Artículos 16,18,19,20,23,27,31, y 33 del Estatuto).

Estos requisitos son aquellos que se refieren a condiciones externas, de seguridad, de garantía, de conservación, a determinadas situaciones jurídicas del instrumento; cuya omisión no acarrea la invalidez de la escritura, pero puede ocasionar sanciones administrativas. Estos requisitos son:

1. Según el Artículo 16 las declaraciones de los interesados se redactarán en "idioma castellano". Y según el Artículo 23 del Dto. 2148/83 "cuando los otorgantes no conozcan suficientemente el idioma español serán asesorados por un intérprete, quien también firmará y de cuya intervención e identidad dejará constancia el Notario.

El intérprete será designado por el otorgante que no entienda el idioma o en su defecto por el Notario".
2. Dicha escritura puede ser "por medios manuales o mecánicos, en caracteres claros y procurando su mayor seguridad y perduración" (Art.18).
3. No se deben dejar "claros o espacios vacíos ni aún para separar las distintas partes o cláusulas del instrumento, ni usarán en los nombres abreviaturas o iniciales que puedan dar lugar a confusión" (Art. 18).
4. "Las cantidades y referencias numéricas se expresarán en letras, y entre paréntesis se anotarán las cifras correspondientes" (Art.19).
5. La extensión del negocio jurídico se hará en papel autorizado por el Gobierno" y al final de cada instrumento, antes de firmarse, se indicarán los números distintivos de las hojas empleadas, si los tuvieren" (Art.20).

6. La escritura se distinguirá con el número de orden que el corresponda, expresado en letras y cifras numerales.(Art.23).
7. Cuando el negocio jurídico verse sobre bienes inmuebles se hacen estas exigencias:
 - La cabida se determinará por el sistema métrico decimal (Art.31).
 - Se indicará el título de adquisición con los datos de su registro. Si no existiere título se hará esta circunstancia, indicando la fuente de donde se deriva el derecho (Art. 32).
 - El disponente está en el deber de manifestar la existencia de gravámenes, derechos de usufructo, uso y habitación, servidumbres, limitaciones y condiciones o embargos o litigios pendientes, y en general, toda situación que pueda afectar al inmueble objeto de su declaración o los derechos constituidos sobre él, y si lo posee materialmente".(Art.33).
 - Cuando se disponga de un bien inmueble o constituya gravámen sobre él, deberá indicarse su situación jurídica respecto de la sociedad conyugal, caso de ser o haber sido casado el otorgante (Art.27).
8. En algunos negocios jurídicos que deben celebrarse mediante escritura pública, la Ley exige que los otorgantes presenten los comprobantes fiscales de renta,

predial y catastral (Art. 1o. de la Ley 33 de 1896, 1a. de 1981 y 14 de 1983). Estos comprobantes aunque parecen ser esenciales del instrumento, no causan nulidad si se omiten según el Artículo 2 de la Ley 33 de 1986 en concordancia con el 99 del Estatuto que señala los actos notariales invalidos. Si el notario autoriza la escritura pública sin que se hayan aportados los comprobantes fiscales, el acto no es nulo, pero puede dar lugar a sanciones disciplinarias y fiscales.

9. La escritura pública debe ser firmada, numerada y fechada en un mismo acto. El testamento es la excepción, ya que por causa justificada, el notario puede aceptar su otorgamiento en diferentes momentos, sin que por esto se afecte su unidad formal. En este evento se numera y fecha con la firma del primer otorgante, y una vez suscrita por todos los comparecientes el notario la autoriza.

4. TEMAS RELACIONADOS ESTRECHAMENTE CON LA ESCRITURA PUBLICA

En páginas anteriores se trató lo que es la escritura pública, sus requisitos formales y esenciales, en este capítulo, nos dedicaremos a explicar de una manera somera algunos temas de importancia relacionados con la escritura pública.

4.1 CANCELACIONES DE LA ESCRITURA PUBLICA.

Antes de entrar en materia a lo que cancelaciones se refiere, debemos hacer la diferencia entre esta figura y otra que generalmente se confunde con ella como es la extinción de la obligación en la práctica no es raro que estas dos figuras aparezcan refundidas, pero teóricamente son bien distintas, como lo veremos enseguida. Toda obligación civil que consta en una escritura pública se puede extinguir por uno de los medios establecidos en el Artículo 1625 del C.C., aunque la escritura, como documento, no haya sido cancelada. De esto se desprende que ideal

mente uno es el fenómeno de la extinción de la obligación y otro el de la cancelación de la escritura pública, no obstante que pueden presentarse al mismo tiempo.

La cancelación de la escritura pública puede hacerse, según el Artículo 45 del Dto. 960/70, por:

4.1.1 Declaración privada de los interesados.

Los otorgantes de la escritura pública pueden por su propia voluntad, siempre que no esté prohibido por la Ley, dejarla sin efecto, ya sea totalmente o parcialmente, indicando en este último evento cuales partes dejan de regir y cuales conservan su vigor. La cancelación debe hacerse a través de otra escritura pública.

4.1.2 Decisión judicial.

Mediante un proceso judicial se puede cancelar la escritura pública, caso en el cual, el juez que la decreta debe exhortar al Notario que conserva en su protocolo el original de la escritura cancelada. El exhorto deberá contener textualmente el encabezamiento, fecha y parte resolutive pertinente de la providencia.

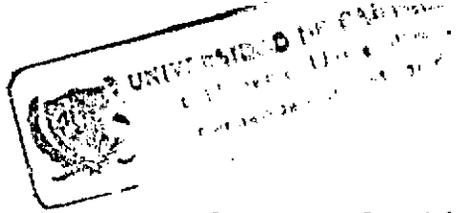
4.1.3 Cancelación de Hipoteca.

La cancelación de la hipoteca y de la escritura que la contiene es una de las cancelaciones de frecuente ocurrencia. Al extinguirse la obligación, la hipoteca que la garantiza también se extingue. Puede suceder sin embargo que la hipoteca jurídicamente no exista por haberse extinguido la obligación, pero formalmente subsista la hipoteca porque su inscripción en el registro no ha ya sido cancelada.

El Artículo 2457 de c.c. establece el principio de que la hipoteca se extinguirá junto con la obligación principal y señala además:

1. Si el derecho que el hipotecante tenía sobre la cosa hipotecada queda resuelto, lo que se extinguirá será la hipoteca más no la obligación principal.
2. Por el evento de la condición resolutoria cuando la hipoteca hubiere sido constituida con esa condición expresamente pactada.
3. Por la llegada del día hasta el cual fué pactada la hipoteca.
4. Por la cancelación que el acreedor acordare por escritura pública, aunque la obligación principal no ha ya sido cubierta.

4.1.4 Cancelación de la Hipoteca por los sucesores.



56

Si el acreedor ha muerto sin haber hecho la cancelación o bien que el pago de la obligación se efectuó después de su muerte, hay que considerar dos hipótesis: La primera consiste en que si la sucesión ya se liquidó y el crédito hipotecario fué adjudicado, quien debe cancelar es el respectivo adjudicatario, por medio de escritura pública y con la demostración de su carácter de tal. La segunda hipótesis es que si la sucesión no ha sido liquidada aún, pueden hacer la liquidación todos los herederos que hayan aceptado y el cónyuge sobreviviente o el albacea con tenencia de bienes y el cónyuge sobreviviente; demostrando, en todo caso, sus calidades de tales las cuales deben ser protocolizadas. En esta hipótesis queda comprendido el caso en que deudor hubiere pagado al acreedor y éste no hubiere hecho la cancelación. Ahora, si el pago se hace después de fallecido el acreedor, el monto del crédito debe ser depositado a órdenes del juzgado que conoce de la sucesión, lo cual ha de ser comprobado ante el Notario, porque sin esa comprobación él no podrá expedir el certificado de cancelación para la oficina de Registros de Instrumentos Públicos para que el correspondiente Registrador cancele la inscripción de la escritura y así desaparezca jurídicamente la hipoteca, el gravámen, la obligación, etc.

4.1.5 Nota de Cancelación y Certificado.

Vista las anteriores formas de cancelación, interesa ahora tratar lo referente a la nota de cancelación y al certificado. Independientemente de la forma como se haya llevado a cabo una cancelación, el Notario en cuyo protocolo reposa la escritura original o matriz está obligado a ponerle una nota que exprese tal acto. Esa nota debe indicar el número y la fecha de la escritura por medio de la cual se ha consignado la cancelación, o del que contiene la prorocolización de la orden judicial, o del certificado de otro Notario, caso de que la cancelación no se haga ante el mismo notario que conserva el original. Las características de la nota de cancelación son las siguientes:

Debe escribirse en sentido diagonal y en tinta de color diferente al de la escritura original. Una nota semejante se pondrá en todas las copias de la escritura cancelada que se le presenten al notario para este fin.

El Artículo 55 del Estatuto ordena que el notario "no podrá expedir copias de las escrituras canceladas, sin inscripción de la nota de cancelación".

El notario deberá expedir un certificado de cancelación con destino al registrador de Instrumentos Públicos, pa

ra que este funcionario proceda extender el respectivo asiento de cancelación en el folio del bien inmueble (Arts. 40 y 41 del Dto. 1250/70). Igual certificado expedirá para el funcionario correspondiente, cuando se trate de cancelación de hipotecas que graven aeronaves o embarcaciones mayores o menores dedicadas a la pesca, investigación o recreación.

Las certificaciones de cancelación deben contener con precisión el número y la fecha de la escritura de este acto o de la protocolización de la orden judicial o del certificado de otro notario, según el caso, la persona que haya declarado la cancelación o la autoridad que haya decretado, citando la fecha de la providencia y el proceso dentro del cual se dictó, el número, fecha y notaría donde se hizo la cancelación, la cuantía de las obligaciones y los datos pertinentes de registro (Art. 54).

"Si la cancelación fuere hecha ante un notario distinto del que conserva el original, el primero expedirá, además, certificado con destino al segundo para que ante este se protocolice y con base en él se haga la nota de cancelación" (Art. 53 parte final).

En este caso hay necesidad de celebrar dos actos: La escritura de cancelación y la protocolización del certificado más la nota respectiva. La Superintendencia de Notariado y Registro, mediante Resolución 1187 de 1975, a los notarios la obligación de prevenir al interesado en el servicio sobre la mencionada circunstancia, antes de proceder a otorgar la escritura de cancelación y a dejar constancia de tal prevención en el texto del instrumento.

4.2 DE LAS PROTOCOLIZACIONES.

La protocolización consiste en incorporar, mediante escritura pública, un documento en el protocolo de la notaría, por disposición legal, orden judicial o voluntad del interesado. En este acto el notario se limita a recibir el documento e incorporarlo al protocolo.

El fin de protocolizar es el señalado en el Artículo 56 del Estatuto, o sea, guardar y conservar los documentos o en otras palabras, protegerlos en el archivo notarial que ofrece mucha confiabilidad. Los documentos protocolizados no son producidos en la notaría sino preconstituidos como los procesos o actuaciones judiciales, los diferentes documentos privados, los certificados de re

presentación o los comprobantes fiscales.

"Por la protocolización no adquiere el documento protocolizado mayor fuerza o firmeza de la que originalmente tenga", (Art. 57). De esta noción se desprende que no hay que confundir el protocolo con la protocolización, pues el primero según las voces del Art. 107 del Estatuto es "el archivo fundamental del notario que se forma con todas las escrituras que se otorgan ante él y con las actuaciones y documentos que se inserten en el mismo" y la protocolización es según el Art. 56 de la misma obra, "incorporar en el protocolo por medio de escritura pública las actuaciones, expedientes o documentos que la Ley o el juez ordenen insertar en él para su guarda y conservación, o que cualquiera persona le presente al notario con los mismos fines".

Es igualmente necesario hacer una distinción entre los conceptos: Protocolizar y elevar a escritura pública, estos términos suelen ser confundidos con alguna frecuencia. Veamos pues la diferencia: Según el Artículo 56 ya citado la protocolización no es más que la "guarda y conservación" de documentos en el protocolo, y esto en concordancia con el Artículo 57 anteriormente transcrito, tenemos por ejemplo que un documento privado por el solo hecho de haber sido protocolizado por medio de es

critura nó adquiere la calidad de público.

"Elevar algo a escritura pública, generalmente un contrato o un acto jurídico, es dar forma pública notarial a un negocio, a un acto jurídico preexistente, ya sea que en la escritura se recoja el contrato como aparece en un documento privado anterior ya sea por ser la escritura un elemento constitutivo del negocio jurídico (compraventa de inmuebles, por ejemplo) el instrumento público y el negocio se vayan estructurando simultáneamente, de manera que al terminar legalizado el instrumento termina también creado el negocio. En este caso, la voluntad de los otorgantes se va expresando a lo largo de la escritura en las diferentes cláusulas, estipulaciones, declaraciones, etc., lo que no sucede en la protocolización"⁽¹⁾.

Siguiendo con la protocolización veamos ahora cuantas clases existen, si analizamos el Artículo 56 podemos ver claramente que existen tres clases de protocolización las cuales menciona así la citada norma",,, expedientes o documentos que la ley o el juez ordenen insertar en él para su guarda y conservación, o que cualquiera persona le presente al notario para los mismos fines"., se enun

 (1) BARRAGAN ALFONSO M., Apuntes de Derecho Notarial-
 Comentarios al Estatuto Notarial Colombiano-
 Pág. 85.

cia así la protocolización legal, la judicial y la voluntaria. La protocolización legal, como su nombre lo indica es aquella que debe realizarse por mandato de la Ley, o sea que la protocolización se convierte en una formalidad como sucede por ejemplo con los testamentos cerrados una vez sean abiertos, la liquidación judicial de la sociedad conyugal, etc.; la judicial es aquella, que según el arbitrio del juez, deban ser protocolizadas algunas de sus actuaciones o copias de procesos, diligencias, etc, ; la voluntaria, también como su nombre lo indica es la voluntad de las partes lo que lleva a protocolizar el acto o contrato.

Por último hay que reseñar que el Artículo 58 señala "cuando las actuaciones o documentos que deban protocolizarse estén sujetos al registro, es a formalidad se cumplirá previamente a la protocolización".

4.3 EL ERROR EN LA ESCRITURA PUBLICA Y DE LA RECONSTRUCCION.

En toda actividad humana es susceptible de que existan errores, tratándose de las escrituras públicas, la Ley fija las pautas para subsanarlo cuando se presenten mediante la llamada escritura de corrección o aclaración.

El Artículo 48 del Dto. 2148/83, prohíbe al notario autorizar escritura de aclaración o corrección cuando se pretenda cambiar "alguno de los elementos esenciales del negocio jurídico" ya que este tipo de error solo se subsana mediante una nueva escritura. Este Artículo fué modificado en su primer inciso por el Artículo 3o. del Dto. 231/85, el cual limitó la prohibición de autorizar escritura de corrección o aclaración cambiando la fórmula genérica "alguno de los elementos esenciales" por otra más específica que es el "inmueble objeto del negocio jurídico". Igualmente el Art. en comento que en la nueva escritura por la cual se deja sin efecto la anterior se debe tomar la respectiva nota de referencia. La escritura de cancelación se tiene como acto sin cuantía respecto a los derechos notariales. En la constitución de sociedades que aún no se ha inscrito en la Cámara de Comercio, procede la escritura de aclaración, la cual debe ser otorgada por todos los socios.

Los errores en la escritura dependen de dos factores:

4.3.1 Del momento en que se adviertan.

- Antes del otorgamiento
- Después del otorgamiento
- Una vez haya sido autorizada

4.3.2 De la Clase de error cometido.

Analicemos brevemente las hipótesis.

- Antes del otorgamiento. La corrección se subrayan y encerrando entre paréntesis las palabras o frases que deban suprimirse o tachando o testando tales palabras o frases, cuando el error consista en que hay palabras o frases de más que deban suprimirse. Pero si el error consistió en que dejaron de escribirse palabras o frases que debían serlo, se insertarán en el sitio pertinente y entre líneas las que deban agregarse.

En ambos casos, al final y antes de las firmas se hace la correspondiente salvedad que consiste en reproducir entre comillas lo corregido expresando si vale o no vale, según sea el caso. Las correcciones también pueden hacerse enmendando lo escrito o borrándolo y haciendo la respectiva sustitución, siempre que en la salvedad se diga claramente que fue lo que se hizo.

- Después del otorgamiento. Las correcciones señaladas anteriormente, pueden hacerse, pero aquí los otorgantes deben volver a firmar para que las salvedades hechas quedan amparadas con las firmas de todos los comparecientes. En salvedad correspondiente debe consig

narse que lo corregido se acepta, consiente o quiere por todos los otorgantes.

- Una vez haya sido autorizada la escritura. Si se advierte el error con posterioridad a la autorización o cuando los otorgantes quisieren hacer cualquier corrección legalmente posible, el Artículo 102 dispone: "Una vez autorizada la escritura, cualquier corrección que quisieren hacer los otorgantes deberá consignarse en instrumento separado con todas las formalidades necesarias y por todas las personas que intervinieron en el instrumento corregido, debiéndose tomar nota en este de la escritura de corrección".

"La aparente rigidez del Artículo 102 se justifica desde todo punto de vista, por razones de seguridad y garantía del documento público notarial, lo mismo que para prevenir hechos ilícitos. La escritura pública solo cabe modificarse, en cualquier sentido autorizado por la Ley, con base en la voluntad de los mismos otorgantes"(Dto. 2148 de 1983, Art. 48)².

El Artículo 102 establece una regla general para la corrección de errores, regla general que encuentra sus ex

(2) ORTIZ RIVAS HERNAN, Comentarios al Estatuto del Notariado Colombiano, Librería Temis, Edición de 1984, Pág. 128.

cepciones en los Artículos 103 y 104 los cuales contemplan casos de errores especiales y la manera de corregirlos, veamos estos artículos los cuales traen el segundo factor o hipótesis de que hablamos arriba, o sea la clase de error cometido.

ERROR PURAMENTE ARITMETICO. Si los factores determinantes del error aparecen claramente determinados en el texto de la escritura podrá ser corregido, en cualquier tiempo, de la manera y por el trámite señalado en el Artículo 101 del Dto. 960/70, si materialmente ello fuere posible, porque si no fuere (por no haber sitio para salvaduras y firmas) es obvio que no podrá procederse así sino conforme al Artículo 102 ibidem.

ERROR EN LA NOMENCLATURA. Denominación, descripción del inmueble, cita de su cédula o registro catastral, en el nombre o apellido de los otorgantes. En cualquiera de estos casos, la corrección se hará mediante el otorgamiento de escritura aclaratoria. Las características de este sistema de corrección son:

- Quien debe firmar el instrumento es el actual titular del derecho y no todos los que intervinieron en el acto notarial corregido.



67

- El error debe aparecer de manifiesto en los comprobantes allegados al instrumento corregido y en los títulos antecedentes.

ERROR EN LA CITA DE TITULOS ANTECEDENTES Y DATOS DE REGISTRO. No hay que confundir la falta o ausencia de cita (Art. 52 del Dto. 1250/70) con el error en la cita ya que cuando se ha incurrido en lo último, o sea, en error en la cita de títulos de antecedentes y de datos de registro la norma aplicable es el Artículo 104 de Dto. 960, el mecanismo para corregirlo es certificado actualizado del Registrador para intentar establecer con precisión la existencia del error; si eso se obtiene, el actual titular del derecho otorga la escritura aclaratoria con el cual se protocolizará el certificado mencionado.

DE LA RECONSTRUCCION DE ESCRITURAS. Cuando una escritura pública se ha destruído o perdido, hay que reconstruirla y para hacerlo es necesario acudir al Artículo 105 del Estatuto, la reconstrucción se hace con base en su copia auténtica, de preferencia con base en alguna que posee en un archivo oficial; entonces el Notario la reproducirá to mándola de aquella copia auténtica y colocará la copia tomada por él en el sitio correspondiente del protocolo, indicando en escrito bajo su firma, que ella reemplaza al

original. Se procederá en el mismo sentido cuando la pérdida se refiere a todo un tomo del protocolo, pero se elaborará un acta en que se relacionen todas las escrituras reconstruídas.

4.4 NULIDAD FORMAL DE LA ESCRITURA PUBLICA.

Ya vimos en páginas anteriores cuales son los requisitos formales de la escritura la falta de los requisitos en mención causa la nulidad o ineficacia de la escritura. La nulidad que aquí se trata, es la puramente formal ya que la nulidad sustancial, es materia del derecho Civil Sustantivo.

COMPETENCIA. El territorio está dividido para el ejercicio de la función notarial, en círculos notariales; estos círculos fijan el ámbito territorial donde el notario es competente, o sea, que el notario solo puede ejercer su función validamente dentro de tales límites. Es bueno aclarar que esta limitación no opera ni para los comparecientes ni en razón de la ubicación del inmueble. Los interesados pueden acudir ante cualquier notario del territorio nacional o ante cónsul si están en el extranjero y otorgar la respectiva escritura.

LA COMPARECENCIA. En esta hipótesis la nulidad de la

escritura se debe al hecho de que alguno de los que figuran como otorgantes, no ha comparecido ante el notario; estrictamente hablando lo que sucede es que no habido una real y verdadera declaración de voluntad de quien se dice falsamente que la hizo. La no comparecencia puede presentarse por suplantación y/o porque el notario se preste al engaño.

OTORGAMIENTO. La falta de aprobación al texto del instrumento extendido, por parte de los comparecientes, implica la nulidad de la escritura pública. Es muy difícil demostrar esta causal de nulidad formal de la escritura pública, ya que el hecho de estar firmada por los otorgantes, está indicando que le han dado su aprobación al texto de la escritura. Solo será posible demostrar esta causal en caso de violencia.

IDENTIFICACION DE LA ESCRITURA PUBLICA. Es causal de nulidad cuando no aparezca en la escritura uno o varios de los siguientes requisitos:

- La fecha y lugar de autorización. La fecha de autorización de la escritura de autenticidad al día en que se celebra el negocio jurídico contenido en ella (C. de P.C. Art. 264).

El lugar de autorización es el municipio, departamento y república donde se celebró la escritura.

- La denominación legal del Notario. El nombre y apellido del notario autorizante y del círculo que limita sus funciones son necesarios para la legalidad de la escritura, porque precisan la competencia notarial y demuestran la capacidad del funcionario para intervenir en el instrumento.
- Comprobantes de representación. En la comparecencia por representación, el apoderado debe acreditar suficientemente tal circunstancia y entregar al notario para su protocolización, el documento respectivo (poder, certificación) sin lo cual la escritura queda formalmente nula.
- Comprobantes necesarios para autorizar la cancelación. Los Artículos 50 y 51 del Estatuto exigen al otorgante que demuestra la calidad jurídica de titular del derecho. Si falta la presentación de los documentos pertinentes para la escritura de cancelación (cesión del crédito, calidad de heredero, albaceazgo), el instrumento se torna nulo por las razones comentadas en el punto anterior.

IDENTIFICACION DE LOS OTORGANTES. FIRMAS. Uno de los deberes del notario es identificar, con los documentos

pertinentes, a las personas que van a otorgar una escritura; por ser la identificación uno de los elementos esenciales, es explicable que si falta, el instrumento tiene que ser ineficaz. Igual fenómeno se producirá si las firmas no aparecen debidamente estampadas.

IDENTIFICACION DEL OBJETO. El Num.6 del Artículo 99 del Estatuto dice: "Cuando no se hayan consignado los datos y circunstancias necesarias para determinar los bienes objeto de las declaraciones" la escritura queda afectada de nulidad formal. Si analizamos la norma transcrita, nos damos cuenta que en ella se utiliza lá palabra "bienes" sin ninguna restricción, lo que indica que la norma se refiere tanto a los bienes muebles como a los bienes inmuebles.

4.5 INEXISTENCIA DE LA ESCRITURA PUBLICA.

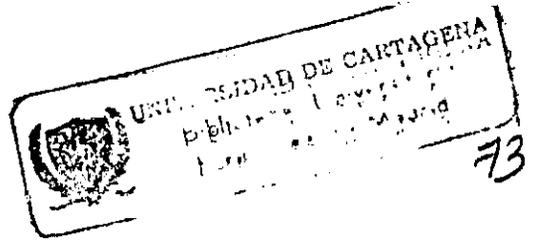
Sentencia el Artículo 100 del Estatuto, "El instrumento que no haya sido autorizado por el notario no adquiere la calidad de escritura pública y es inexistente como tal. Empero, si faltare solamente la firma del notario, y la omisión se debiere a causas diferentes de las que justifican la negativa de la autorización, podrá la Superintendencia de Notariado y Registro, con conocimiento

de causa, disponer que el instrumento se suscriba por quien se halle ejerciendo el cargo".

La norma que acabamos de transcribir ha sido reglamentada por el Artículo 47 del Dto. 2148 de 1983, el cual precisa que la facultad conferida al Superintendente de Notariado y Registro debe constar en resolución motivada. Ordena además que a la solicitud se allegue una "certificación expedida por el notario en la cual conste que el instrumento reúne todos los requisitos legales con excepción de la autorización".

Como vemos el procedimiento para este caso especial de autorización es necesario que medie solicitud del interesado acompañada de una certificación del notario y finalmente una resolución de la Superintendencia de Notariado y Registro.

Es bueno señalar que la no autorización de la escritura puede originarse en razones de orden legal (Arts. 6, 21, 40, 41, 231 del Estatuto y 3 y 10 del Reglamento) o en otras circunstancias como pueden ser el olvido, la imposibilidad física o mental, la suspensión, cambio o muerte del notario.



5. DE LA GUARDA, APERTURA Y PUBLICACION DEL TESTAMENTO CERRADO

5.1 LA GUARDA.

El testamento es un acto más o menos solemne por el cual una persona dispone total o parcialmente de sus bienes para que esa disposición tenga efecto después de su muerte, conservando la facultad de revocarlo o reformarlo en cualquier tiempo.

Como quiera que en esta parte del trabajo nos estamos refiriendo al testamento cerrado, veamos pues, lo que al respecto trae el Código Civil Colombiano.

El Artículo 1064 del c.c. en uno de sus incisos dice: "Testamento cerrado o secreto es aquel en que no es necesario que los testigos y el notario tengan conocimiento de ellas", (de las disposiciones). El Artículo 1080 de la misma obra expresa: "Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al notario y a los testigos una escritura cerra

da, declarando de viva voz, y de manera que el notario y los testigos lo vean, oigan y entiendan (salvo el caso del Artículo siguiente), que en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos podrán hacer esta declaración, escribiéndola, a presencia del notario y los testigos".

Tan pronto como el notario haya recibido tanto la declaración del testador como la escritura cerrada en presencia de los cinco testigos, procederá a escribir sobre la cubierta, bajo el epígrafe testamento:

- El nombre, apellido y domicilio del testador.
- El lugar, día, mes y año del otorgamiento.
- El nombre, apellido y domicilio de cada uno de los cinco testigos.

El otorgamiento se termina con las firmas del testador, los cinco testigos y el notario, sobre la cubierta.

El otorgamiento debe realizarse en un acto continuo en que esten presentes las personas ya mencionadas, y solo podrá haber interrupción en los breves intervalos que algún accidente lo exigiere.

La Ley 36/31 exige que a continuación se otorgue una escritura pública que recoja la constitución del testamen

to cerrado, en el cual deberá constar:

1. El lugar, día, mes y año de la constitución del testamento cerrado.
2. El nombre y apellido del notario.
3. El nombre, y apellido y vecindad del testador.
4. El nombre, apellido y vecindad de cada uno de los cinco testigos.
5. La edad del otorgante.
6. La circunstancia de hallarse el testador en su entero y cabal juicio.
7. El lugar de nacimiento del testador.
8. La nacionalidad del testador.

"En el mismo instrumento se consignará una relación por menorizada de la clase, estado y forma de los sellos, marcas y señales que como medios de seguridad contenga la cubierta" (Art. 2o. Ley 36/31).

La escritura será firmada por el testador, los cinco testigos y el notario (ibidem Art.3).

La omisión de cualquiera de las formalidades anteriores dejará nulo el testamento.

El Artículo 59 del Estatuto Notarial ordena que "el testamento cerrado se dejará al notario o cónsul colombiano

que lo haya autorizado, para su custodia", o sea que desde la vigencia del Estatuto la guarda del testamento cerrado corresponde únicamente al notario o cónsul.

5.2 APERTURA Y PUBLICACION DEL TESTAMENTO.

El procedimiento para la apertura y publicación del testamento es el siguiente:

Muerto el testador, se hace necesario abrir y publicar el testamento cerrado, y el funcionario competente para realizar esta diligencia es el notario ante quien se otorgó y que lo tiene bajo su custodia; Anteriormente esta diligencia competía exclusivamente al juez, como una de las funciones dentro de la jurisdicción voluntaria. Si hubiere discrepancia u oposición entre los interesados, la actuación pasará al juez competente para que falle o resuelva la oposición.

"Cualquier interesado presunto en la sucesión" (Art. 61) podrá solicitar la apertura y publicación allegando la prueba legal de la defunción del testador (Dec. 1260/70, Arts. 101 y 110), copia de la escritura (Ley 36/31).

Si el testamento cerrado se elaboró antes de la entrada en vigor del Estatuto, el Notario ante quien se solicite la apertura deberá exigir a la persona en cuyo poder se

encuentre el sobre testamentario, la entrega del mismo (art. 61).

Si la petición hecha por el "interesado presunto" (por ejemplo: los herederos, el cónyuge supérstite, los socios comerciales del testador, etc), es procedente, el notario dispondrá que comparezcan ante él los testigos que intervinieron en la autorización del testamento.

La diligencia de apertura consiste en reconocer el sobre, las firmas puestas en él por el testador, los testigos y el notario autorizante, teniendo a la vista la cubierta testamentaria y la escritura respectiva.

Efectuado el reconocimiento, el notario, en presencia de los concurrentes citados y de los interesados presentes, extraerá el pliego contenido en la cubierta testamentaria y lo leerá en voz alta. Terminada la lectura, el testamento público será firmado, por el notario y los testigos, las firmas deben colocarse en todas las hojas.

"Toda actuación notarial referente a la apertura y publicación del testamento cerrado se hará constar en acta que será suscrita por quienes intervengan en la diligencia" (Art. 33 del Dcr. Regl. 2148/83).

Si faltaren los testigos testamentarios el notario autorizante abonará las firmas mediante la confrontación con las de la escritura de protocolización. Si faltare el notario autorizante, el funcionario que ejerza el cargo abonará la firma de aquel.

Si faltaren todos los testigos y el notario autorizante, "el notario que práctica la diligencia, como no puede reconocer las firmas de los testigos testamentarios, debe aplicar lo dispuesto en el Inc. 2o. del Art. 67, en la parte que dice que si las firmas de los testigos no fueren reconocidas o abonadas, practicará la apertura y publicación del testamento y enviará sobre, pliego y copia de su actuación al juez competente, dejando constancia de ello. Lo propio debe hacer cuando la cubierta no apareciere cerrada, marcada y sellada como en el momento de presentarse para el otorgamiento⁽³⁾.

Según la parte final de la norma citada, en este caso, el testamento no prestará mérito mientras no se declare su validez en proceso ordinario, con citación de quienes tengan interés en la sucesión por Ley o por razón de un testamento anterior.

(3) ORTIZ R. HERNAN A., Ob. cit. pág.94.

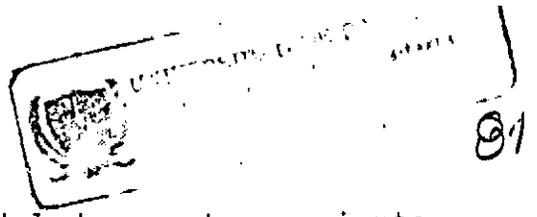
Declarada la validez del testamento, el juez ordenará su protocolización y posterior registro.

6. DEL RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS PRIVADOS

El reconocimiento de documentos privados, es la confesión de autoría que hacen las partes al declarar ante el Juez o el Notario que son suyas las firmas que lo autorizan y que es cierto el contenido respaldado por ellas. El reconocimiento notarial, que es el que nos ocupa, es hecho espontáneamente, sin apremio o coacción algunos, como corresponde a la naturaleza de la función natural. En el reconocimiento no hay declaraciones convertibles en escritura pública, o sea que las declaraciones que contiene el documento no han sido hechas ante el notario, por lo cual el reconocimiento solo proporciona autenticidad externa y no autenticidad interna o autenticación.

El acto de reconocimiento se expresa en una diligencia o pequeña acta que debe contener lo siguiente:

1. El nombre del Notario ante quien se hace el reconocimiento y la descripción del cargo.
2. El nombre e identificación de los comparecientes.
3. La declaración de los comparecientes de que las fir



mas son suyas y el contenido del documento es cierto.

4. El lugar y fecha del reconocimiento.
5. Las firmas de los que intervinieron en la diligencia.

El acta debe quedar escrita en la misma hoja de papel en que aparecen las firmas reconocidas, cuando no fuere posible que quede en la misma hoja, se escribirá en hoja separada pero unida con sello.

Cuando el negocio jurídico contenido en el documento privado esté sujeto al impuesto de timbre, el notario verificará que previamente éste haya sido cancelado.

6.1 CASOS ESPECIALES DE RECONOCIMIENTO NOTARIAL.

En los Artículos 69 a 71 del Estatuto describe unos casos relacionados con comparecientes que no saben firmar, de ciegos, de sordos o de incapaces absolutos.

6.1.1 Comparecientes que no saben o no pueden firmar.

Aparte de los requisitos vistos, la diligencia de reconocimiento debe cumplir estas formalidades:

1. El documento será leído de viva voz.
2. Será firmada por un testigo rogado por el compareciente.

3. El compareciente imprimirá su huella dactilar, indicando cuál fué la impresa.
4. Se indicará el nombre, domicilio e identificación del testigo rogado.

6.1.2 Comparecientes ciegos.

En este caso la diligencia es idéntica a la anterior, con las siguientes características:

1. El notario debe leer de viva voz el documento,
2. Si fuere consentido por el compareciente, se anotará en el acta esta circunstancia.

Aunque la Ley no lo exige expresamente, el compareciente debería imprimir su huella dactilar en caso de que no pueda firmar de alguna forma.

51511

6.1.3 Comparecientes sordos.

Dice así el Artículo 70: "Si entre los comparecientes hubiere sordos, ellos mismos leerán el documento y expresarán su conformidad, y si no supiere leer, manifestarán al notario su intención para que establezca su concordancia con lo escrito y se cerciore del asentimiento de ellos tanto para obligarse en los términos del documento

como para reconocer su contenido y rogar su firma. De otra manera el notario no practicará la diligencia".

6.1.4 Comparecientes incapaces absolutos.

Este Artículo 77 dispone que el notario "no prestará sus servicios" cuando el compareciente fuere absolutamente incapaz.

7. DE LAS AUTENTICACIONES

La autenticación de una firma consiste en que un notario dá fé, por escrito y bajo su firma y sello, de que la firma o firmas puestas en determinado documento corresponden a la firma o firmas de las personas que la hayan registrado ante él, coincidencia que se deduce de la confrontación que debe hacerse entre las dos, o sea, entre la firma auténtica y la firma registrada.

Es también testimonio de autenticación el que da el notario, por escrito y bajo su firma y sello, de que la firma o firmas que aparecen en el documento fueron puestas en su presencia por el firmante.

7.1 FIRMAS REGISTRADAS.

Es necesario para esta diligencia de autenticación:

1. Que una persona haya registrado su firma en presencia del notario, en un libro o tarjetas que se lleven para tal efecto.

2. Que la misma persona haya puesto de su puño y letra su firma en un documento.
3. Que se haga la confrontación de las dos firmas.

7.2 FIRMA PUESTA EN PRESENCIA DEL NOTARIO.

En esta diligencia el notario percibe directamente el hecho de la firma, porque se hace en su presencia y previa identificación del compareciente. Aquí no hay duda sobre quién firma el documento.

7.3 AUTENTICACION DE COPIAS.

El legislador facultad al notario y al juez (C. de P.C., Art. 253) para dar testimonio sobre la correspondencia exacta entre un documento que tenga a la vista (original o copia) y la copia mecánica o literal del mismo, o que esta comprenda la integridad del documento exhibido y lo reproduzca con entera fidelidad. El Artículo 30. del Estatuto en su num. 4, dice que compete al notario: "Dar fé de la correspondencia o identidad que existe entre un documento que tenga a la vista y su copia mecánica o literal".

Vale la pena agregar que según nuestro C. de P.C., las

copias auténticas tienen el mismo valor probatorio que su original.

7.4 AUTENTICACION DE FOTOGRAFIA.

El notario puede dar testimonio de autenticidad de una fotografía de una persona cuando ésta se presente a la notaría acompañando la fotografía de un escrito donde asevere que es suya la fotografía, es necesario además que la persona reconozca la firma que autoriza el escrito.

7.5 DIFERENCIA ENTRE RECONOCIMIENTO Y AUTENTICACION.

El reconocimiento notarial de firma y documento es la manifestación voluntaria que hace el firmante ante el notario de que la firma y el contenido del documento son ciertos, exactos, conformes con la realidad. Tiene la virtud de darle plena autenticidad al documento y fecha cierta oponible a todo el mundo y procede respecto del documento otorgado para pactar expresamente obligaciones. Desde el punto de vista probatorio, el reconocimiento es una real y verdadera confesión extrajudicial que se en contrará debidamente probada (Art. 195 C. de P.C.).

El Artículo 77 del Estatuto dice respecto a la autentica

ción: "solo procede respecto de documentos de que no emanen directamente obligaciones, no equivale al reconocimiento, tiene el valor de un testimonio fidedigno (el que da el notario acerca de la coincidencia de las firmas) y no confiere al documento mayor fuerza de la que por sí tenga".

8. DE LA FE DE VIDA

La fé de vida tiene por objeto acreditar auténticamente la supervivencia de una persona, mediante su presentación personal ante el notario con dicho propósito y de mostrándolo su identificación. Se trata de una autenticidad propiamente dicha por cuanto el notario da fé de lo percibido a través de su sentido de la vista, agregando la identificación para que el testimonio de lo visto recaiga sobre una persona determinada, y de la misma forma, la prueba que emana de allí pueda hacerse valer con relación a la misma persona .

Según los Artículos 78 del Estatuto y el 37 del Reglamento (Dec. 2148/83) los requisitos indispensables para esta diligencia son:

1. Presencia de una persona natural determinada.
2. Identificación de dicha persona.
3. Percepción directa de estos hechos por el notario.
4. En el testimonio de supervivencia, el notario indicará el documento de identificación de la persona, los



nombres y apellidos completos, el día y hora de la diligencia, y hará estampar la huella dactilar del compareciente.

La utilidad de esta diligencia es que sirve para demostrar la existencia de una persona que es acreedora de una pensión de vejez, de jubilación, etc.

9. DE LAS COPIAS

Las copias son las transcripciones literales o reproducciones mecánicas de los originales de escrituras públicas y de otros documentos que reposan en el protocolo, las cuales hacen plena fé de su correspondencia con éstos al ser autorizadas por el notario, según las formalidades legales.

Las copias de los documentos o escrituras que reposan en el archivo notarial, pueden ser totales, o sea, la reproducción fiel y exacta del instrumento en su integridad. La copia también puede ser parcial con la integridad del instrumento que reposa en el protocolo. En la copia el notario pondrá el número de su expedición, aclarando que es parcial cuando así lo sea. La copia total es la regla general, mientras que la parcial es la excepción.

El Artículo 84 del Estatuto señala de manera taxativa los casos en que el notario está legalmente autorizado para expedir copias parciales. Veamos esos casos:

1. Cuando en el mismo instrumento materialmente considerado se recojan dos o más negocios jurídicos autónomos, independientes, no vinculados entre sí tanto en sus elementos constitutivos como en su propia redacción, y, por tanto, puedan comunicarse mediante la copia, dando la versión íntegra de cada uno. Por ejemplo, en la misma escritura se solemniza una compraventa de bienes inmuebles y uno de los comparecientes otorga un poder general. De esta manera la copia podrá ser parcial del instrumento materialmente considerado, pero íntegra de cada uno de los negocios.
2. Cuando se trata de documentos o piezas separadas de un expediente protocolizado, porque en este caso la pieza o actuación procesal puede tener mérito por sí sola o tenerlo únicamente en consideración a la unidad procesal.
3. Cuando se trate de transcribir documentos independientes que se hayan protocolizados, anexos o no a otros instrumentos. Ejemplo las actas de una sociedad, los certificados o copias del registro civil.

Al expedir la copia parcial el notario deberá expresar esta circunstancia y que lo omitido no guarda relación directa con lo copiado, o que se trata de piezas independientes o de documentos varios que se insertaron en el protocolo.

4. Requisitos para expedir las copias. Antes de la vigencia del Decreto 960/70, el notario no podía expedir más copias que las indicadas por los otorgantes y con la destinación por ellos señalada (Art. 2599 del C.C.). Actualmente el Artículo 80 (sustituido por el 42 del Dec. 2163/70 le dá facultad a toda persona para obtener copia auténtica de las escrituras públicas). Cuando con las copias del instrumento pueda exigirse el cumplimiento de una obligación, solamente la primera copia prestará mérito para exigir el cumplimiento de la misma y dicha copia se destinará exclusivamente al acreedor; y en las demás copias el notario deberá colocar una nota expresando que carece de valor para exigir el cumplimiento de la obligación o para endoso.

Entre los requisitos formales en materia de expedición de copias tenemos:

- Se extenderán en papel competente y causarán impuesto de timbre nacional. "Toda copia se expedirá en papel común y al final se dejará constancia del número y fecha de la escritura a la cual corresponde. Si se tratara de copia parcial así se expresará" (Art. 41 del Dec. 2148/83).

- La copia podrá producirse mediante la reproducción literal fiel y exacta del documento por "medios manuales o mecánicos que garanticen entera claridad y ofrezcan las debidas seguridades" (Art. 83). Cuando de transcripciones se trate "Se hará en forma continua y sin dejar blancos o espacios libres" (Art. 84).
5. Pérdida o destrucción de la copia con mérito ejecutivo. Ya vimos que la primera copia es la única que presta mérito ejecutivo, cuando ella se pierde o destruye el notario solo compulsará copia en los siguientes casos:
- Cuando lo soliciten el deudor y acreedor conjuntamente, caso en el cual deberán otorgar una nueva escritura pública.
 - Por orden judicial, en este caso debe mediar solicitud al juez civil competente la cual se tramitará como incidente y la parte contraria solo podrá alegar extinción de la obligación. El solicitante de la copia debe afirmar ante el Juez, bajo la gravedad del juramento, los siguientes hechos:

Ser el titular del derecho y que sin culpa o dolo se perdió o destruyó la copia que tenía en su poder.

Que la obligación no se ha extinguido.

Que si copia perdida apareciere la entregará al notario para que la inutilice.

No habiendo oposición o desestimada, el juez ordenará que se expida la copia y el notario procederá de conformidad, indicando que lo hace en virtud de orden judicial.

10. DE LOS CERTIFICADOS

Los certificados son elementos de comunicación de los instrumentos notariales, los cuales la Ley autoriza en tres oportunidades diferentes, a saber:

1. Para acreditar, con la misma fuerza probatoria de las copias, aspectos determinados de los instrumentos o de un documento protocolizado que no exigen el conocimiento integral de los mismos y cuando expresamente lo autorice así la Ley. Tenemos por ejemplo, los certificados de cancelación que se expiden con destino a los registradores, para que con base en ellos se cancele la inscripción del documento cancelado.
2. Para comunicar un aspecto determinado de un negocio del que no sea necesario conocer su integridad, con fines probatorios que sólo requieren conocimiento del indicado aspecto, como ocurre por ejemplo, con la necesidad de acreditar el precio de una compraventa para efectos tributario.
3. Cuando, en ejercicio de sus funciones o con ocasión

de ellas, percibe un hecho ocurrido en su presencia y del cual no existe acta o dato escrito en el archivo, podrá certificar testimonialmente con fuerza probatoria adecuada y que, desde luego, no es la autenticidad del instrumento público sino la que emana de su testimonio.

El notario debe numerar en forma continua todo certificado a partir del primero que expida en el respectivo año (Dto. 2148/83, Art.43).

11. DE LAS NOTAS DE REFERENCIA

"Las notas de referencia son medios de comunicación para anotar en una escritura determinada la existencia de otra posterior, que la cancela, modifica, la adiciona, la aclara, la corrige o en cualquier sentido la afecta, de manera que interesa conocer la afectación como parte incorporada a la escritura afectada. Es necesario, sí, que la afectación en cualquiera de los sentidos indicados se produzca por intervención de las mismas partes o de antecesores o causahabientes en los derechos de los otorgantes"(4).

El objetivo y propósito de la nota de referencia es informar sobre el instrumento inicial, que existe uno posterior otorgado por los mismos sujetos, con identidad jurídica, que afecta al primero y que con él se integra, a fin que tanto los propios interesados como los terceros tengan oportunidad de consultar el instrumento mis

(4) CUBIDES ROMERO, Manuel. Derecho Notarial Colombia no. Universidad Externado de Colombia 1978. Pág. 267.

mo como también el que lo afecta y aparece indicando en la nota de referencia.

Cuando la afectación se efectúa ante notario diferente del que custodia la escritura afectada, el primer funcionario está obligado a expedir un certificado con destino al segundo, suministrándole a este todos los datos necesarios para que coloque la nota de referencia correspondiente (Art.93).

"Se tomará nota de referencia en la escritura afectada, indicando el número, fecha y notaría de la escritura en que se contiene la afectación" (Art. 92).

12. DE LOS TESTIMONIOS ESPECIALES

El notario en ciertos casos el ejercicio de sus funciones es el testigo por excelencia porque lo que declara está respaldado por la fé pública y se impone a todo el mundo como cierto, o sea, que otorga plena autenticidad a los hechos percibidos por él (notario).

Esta función notarial está regulada por los artículos 95 y 96 del Estatuto, veámoslos:

"El notario podrá testimonio escrito de hechos ocurridos en su presencia de que no quede dato en el archivo, pero que tengan relación en el ejercicio de sus funciones" (Art. 95). El caso más frecuente es el de la persona que pide al notario darle testimonio escrito de su comparecencia ante él para firmar una escritura según contrato acompañado el testimonio del hecho consistente en la no comparecencia de la otra parte.

Artículo 96, "Cuando fuere requerido para presenciar un

100

hecho o situación perceptible por los sentidos en forma directa, relacionados con el ejercicio de sus funciones, podrá dar testimonio escrito de lo percibido por él, siempre que con ello se procure un efecto jurídico. De lo ocurrido se sentará acta que firmará el notario y entregará al peticionario".

13. DE LOS DEPOSITOS NOTARIALES

Los depósitos hechos ante notario son de dos clases:

1. De Dineros, títulos de crédito, efectos negociables, valores o documentos, para seguridad, garantía o cumplimiento de las obligaciones contenidas en el instrumento notarial.
2. De dineros para el pago de impuestos y contribuciones a que están obligados los otorgantes de la escritura pública.

En ambos casos de depósitos, el notario es parte en el negocio jurídico de custodia, o sea es contratante. Se trata de un contrato de depósito sui generis suscrito entre el notario y los otorgantes de la escritura, que varía, según lo veremos enseguida, en sus implicaciones jurídicas, según se presente uno u otro caso.

Los requisitos de la primera clase de depósitos establecidos en el Artículo 18 de la Ley 29 de 1973 son:

1. Solo pueden ser objeto de depósito dineros, títu

los de crédito, efectos negociables, valores o documentos.

- 2. La causa del depósito surge únicamente de las obligaciones contenidas en la escritura.
- 3. Los fines del depósito son servir como garantía o cumplimiento de las obligaciones o para seguridad de estas.

De lo acabado de ver se infiere que el depósito puede ser para entrega, custodia o garantía.

Esta clase de depósito se hace constar en un acta suscrita por los interesados y el notario y en ella se determina:

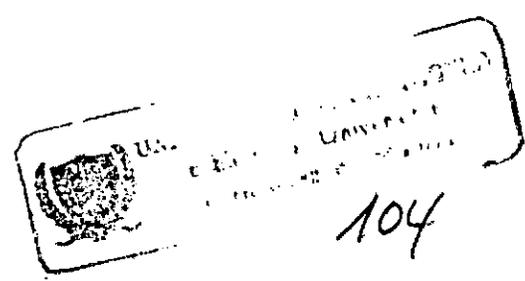
- a. La descripción y el monto del depósito.
- b. La finalidad del depósito
- c. Las condiciones y términos en que deban entregarse los objetos a la persona que allí se designe.

La segunda clase de depósitos la establece el Art.19 de la citada Ley y consiste en que el notario recibe dinero de los comparecientes de la escritura pública, para el pago de impuestos o contribuciones que se causen por el otorgamiento de ella, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que legalmente pueda, el notario hará el pago, so pena de incurrir en causal de mala

conducta debiendo pagar intereses a la entidad oficial acreedora. El notario no será sancionado disciplinaria, civil ni penalmente cuando aparezca que no pudo hacer el pago porque el plazo había vencido con anterioridad.

El Art.46 del Reglamento le impone al notario el deber de llevar diariamente una relación de los depósitos mencionados, anotando el monto, las fechas de ingresos y egresos y los nombres de los beneficiarios y usuarios.

Es bueno mencionar que los depósitos originariamente estaban reglamentados por los Artículos 97 y 98 del Estatuto, los cuales fueron derogados por el Artículo 46 del Dto. 2163 de 1970 y restablecidos, más tarde, con ligeras modificaciones por la Ley 29 de 1973.



1.4. DEL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS

Este tema será tratado muy someramente a manera de información, puesto que el registro del estado civil de las personas es una función que está destinada a desaparecer paulatinamente del ámbito notarial a partir del primero de enero del año discurrente (1987). Veamos el Artículo 217 del Código Electoral (Decreto 2241/86), dice así: "A partir del primero de enero de 1987 la Registraduría Nacional del Estado Civil asumirá gradualmente el Registro del estado civil de las personas. Los notarios y demás funcionarios encargados de esa función continuarán prestándola hasta cuando de ella se hagan cargo los registradores o sus delegados, según determinación del Registrador del Estado Civil".

La norma transcrita es clara en el sentido de otorgar la competencia a los Registradores del estado civil, Es bueno señalar que en estos momentos las registradurías de los municipios donde no existe notario ya se han encargado de la función que en estos momentos nos ocupa,

todo esto en cumplimiento del precitado Artículo.

Veamos de todos modos que es el Estado Civil de una persona, como se origina, sus características, y los actos y hechos que requieren ser registrados.

"El estado civil es la situación jurídica que una persona tiene dentro de la organización social y que determina una especial capacidad para ser titular de ciertos derechos y sujeto de ciertas obligaciones, tanto frente a los miembros de su familia (parientes) como frente al propio Estado. A esa situación jurídica se llega, considerándola en relación con una persona dada, mediante el nacimiento; de ahí en adelante se van produciendo hechos o van realizándose actos jurídicos que van configurando los distintos aspectos de esa situación llamada estado civil"(5).

El estado civil esta integrado por el conjunto de calidades que la ley le atribuye a una persona, las cuales se originan en hechos, actos jurídicos o providencias legalmente proferidas, los cuales para que produzcan la totalidad de sus efectos y sea plenamente eficaz debe ser ins

(5) BARRAGAN, Alfonso M. Ob. citada, pág. 119.

critico (el hecho, el acto jurídico o la providencia según el caso) en el competente registro.

Los caracteres especiales del estado civil son:

1. Es indivisible, o sea, que las calidades que integran el estado civil de una persona dada forman un todo radicado en esa persona y que obra en todo sentido.
2. Es indispensable, ello significa que el estado civil de una persona no puede negociarse, no puede enajenarse, no puede renunciarse.
3. Es imprescriptible, esto quiere decir que el estado civil no puede ser objeto de prescripción ni adquisitiva ni extintiva.

Algunos de los hechos y actos que de acuerdo con la Ley afectan el estado civil de las personas son: El nacimiento, el reconocimiento de hijo extramatrimonial, la adopción, el matrimonio, la interdicción judicial, el divorcio, la defunción, etc.

CONCLUSIONES

Después de haber desarrollado una labor o trabajo cual quiera sea su naturaleza, es necesario reflexionar sobre lo que se ha realizado, si es positivo o no el resultado obtenido, si hay plena satisfacción por la labor realizada. En mi caso debo decir que me siento satisfecho, siento que he cumplido conmigo mismo, y creo que las personas que me colaboraron en la realización de este trabajo también deben estarlo. Hablo de plena satisfacción porque el tema que he desarrollado es un tema de utilidad práctica, de uso cotidiano, de vital importancia para el abogado y el particular en general.

Siento más satisfacción aún porque es fuera de las aulas universitarias, o sea, por mi propio esfuerzo, como he podido aprender algo de la función notarial colombiana.

A fé de verdad que es una lástima que la Facultad de Derecho de nuestra Universidad de Cartagena no le dé la debida importancia a la función notarial. Digo que no le dá la importancia que tiene porque solamente se vé o es

tudia el notariado como materia optativa cuando debiera hacérsela obligatoria porque considero que los futuros profesionales deben conocer totalmente temas tan vitales como la escritura pública y su corrección, la fé de vida, la protocolización, el testimonio especial, etc.

BIBLIOGRAFIA

1. BARRAGAN, M., Alfonso. Apuntes de Derecho Notarial. Comentarios al Estatuto Notarial Colombiano. Ediciones Rosarista 1978.
2. CARO, ESCALLON, Joaquín. Estatuto Notarial Colombiano. Edit. Temis 1981.
3. CASTRO, José. Código de Notariado y Registro. Edit. Publicitaria, Edic. de 1985.
4. CUBIDES, R., Manuel. Derecho Notarial Colombiano. Universidad Externado de Colombia de 1978.
5. ----- . Complicación Notarial. Universidad Externado de Colombia. Edic. de 1980.
6. ORTEGA, TORRES, Jorge. Código Civil, Edit. Temis 1985.
7. ----- . Código de Procedimiento Civil, Edit. Temis 1985.
8. ORTIZ, RIVAS, Hernán. Comentarios al Estatuto del Notario Colombiano. Edit. Temis de 1984.
9. SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO. In Folios.
10. USUGA, VARELA, Ocaris. Código del Notariado Colombiano. Librería Editorial Foro de la Justicia. Edic. de 1985.